

LA RILEVANZA DEGLI ATTI DI FRODE NEL CONCORDATO PREVENTIVO NELL'AMBITO DEL SUB-PROCEDIMENTO PREVISTO DALL'ART. 173 L.F.

di GIUSEPPE BERSANI

1. L'art. 173 l.f. come "valvola di sicurezza" del concordato preventivo.

L'art. 173 l.f. costituiva e costituisce - anche successivamente agli interventi di riforma e correttivi -, la più importante "valvola di sicurezza" del concordato preventivo¹, finalizzata a consentire il continuo controllo da parte del Tribunale della persistenza delle condizioni alla cui sussistenza l'ordinamento subordina la possibilità di concordare con i creditori una riduzione della massa passiva.

La rilevanza e l'attuale applicazione della norma sono state oggetto di numerosi interventi dottrinali e giurisprudenziali.

Come evidenziato in dottrina², l'art. 173 l.f. - nell'originaria configurazione del concordato preventivo -, costituiva un presupposto dell'art. 181 l.f., il quale imponeva al tribunale, nella fase della omologazione, di accertare nuovamente la sussistenza delle condizioni di ammissibilità e di verificare che il debitore fosse meritevole del beneficio. Questo continuo controllo rispondeva sia ad una funzione di garanzia

¹ Cfr. GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 748, il quale individua nell'art. 173 l.f. una norma fondamentale nell'ambito della nuova impostazione del concordato, in quanto la generale funzione di *disclosure* riconosciuta alla procedura, ed all'operato dei suoi organi, consente allora di ricondurre al sistema la norma di cui all'art. 173 l.f.: sarà "in frode", ai sensi del 1° comma, qualsiasi comportamento, compiuto prima dell'inizio della procedura, che possa alterare la percezione da parte dei creditori della situazione patrimoniale dell'impresa ed indurli così a preferire la soluzione concordataria ad altre astrattamente disponibili.

² Cfr. FILOCAMO, *L'art. 173, primo comma l.fall. nel "sistema" del nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009, 1467 ss.; ID., *Commento all'art. 173 in La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni integrative e correttive. Commentario teorico pratico*, Padova, 2008, 319 e ss.; AMBROSINI, *Per una interpretazione "evolutiva" della fattispecie "altri atti di frode" di cui all'art. 173 1° c. l.f.*, in www.ilcaso.it, n.254/2011. Sul punto cfr. anche FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Fallimento*, a cura di FAUCEGLIA-PANZANI, Torino, 2009, III, 1699; PENTA, *La revoca del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011, 735 e ss; BOSTICCO, *La "resurrezione giurisprudenziale" dell'art. 173 l.fall. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, in *Fallimento*, 2007, 1450; GORETTI, *La valutazione di opportunità del Tribunale sull'ammissione al concordato preventivo in presenza di atti in frode ai creditori*, in *Fallimento*, 2012, 236.

per i creditori in ordine alla corretta prospettazione del concordato preventivo, sia all'esigenza che l'interesse generale, sotteso alla procedura concorsuale, non fosse fuorviato da condotte fraudolentemente dispersive, tese alla soddisfazione di interessi egoistici ritenuti non meritevoli di alcuna tutela o, addirittura, dalla commissione di condotte penalmente rilevanti.

Una volta mutati i presupposti per l'ammissione al concordato preventivo ci si è domandati se l'art. 173 dovesse ritenersi implicitamente abrogato³: la prevalente dottrina⁴, constatata l'assenza di profili di effettiva incompatibilità con la disciplina riformata, ha considerato ancora integralmente vigente l'art. 173 l.f. (salvo che per il carattere automatico della dichiarazione di fallimento), ritenendo che tutte le condotte ivi descritte (pur da reinterpretare, secondo alcuni, alla luce della nuova disciplina) conservassero efficacia impeditiva della prosecuzione della procedura. In tal senso si è espressa anche la prevalente giurisprudenza di merito⁵.

³ In tal senso si era espresso BOZZA, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173 ult. parte della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2007, 698.

⁴ Cfr. AMBROSINI, *La domanda di concordato preventivo, l'ammissione alla procedura e le prerogative del tribunale*, in *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006, 320 e ss.; APICE, *Il nuovo concordato preventivo e i poteri del tribunale*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 9; ARATO, *Fallimento: le nuove norme introdotte con la L. 80/2005*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 169; CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 525 e ss.; CENSONI, *IL CONCORDATO PREVENTIVO*, in BONFATTI-CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, 247; DE CRESCIENZO, *Commento sub art. 173*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di JORIO-FABIANI, Bologna, 2007, II, 2458; FERRO, *Il nuovo concordato preventivo: la privatizzazione delle procedure riorganizzative nelle prime esperienze*, in *Giur. merito*, 2006, 693; GENOVIVA, *I limiti del sindacato del tribunale nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, 361 e ss.; GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, 99 e 102; PACCHI, *Gli organi della procedura e L'omologazione. La risoluzione e l'annullamento. La chiusura del concordato preventivo*, in *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, a cura di PACCHI, Milano, 2005, 147 e 237; PADELLARO, *Commento all'art. 173*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di NIGRO-SANDULLI, Torino, 2006, II, 1050; RAGO, *Primi problemi applicativi sul nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, 292.

⁵ Cfr. App. Bari, 6 marzo 2007, in www.ipsoa.it/fallimento; App. Torino, 11 giugno 2007, *ibidem*; Trib. Modena, 14 ottobre 2005; Trib. Milano, 7 novembre 2005; Trib. Ancona, 10 gennaio 2006, inedito; Trib. Modena, 20 ottobre 2006, in www.ilcaso.it; Trib. Trani, 23 novembre 2006, in www.ipsoa.it/fallimento; Trib. Torino, 12 dicembre 2006, in *Fallimento*, 2007, 685, con nota di BOZZA, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173, ult. parte, della legge fallimentare*; Trib. Milano, 24 aprile 2007, *ibidem*, 1441, con nota di BOSTICCO, *La "resurrezione giurisprudenziale" dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, in *Fallimento*, 2007, 1441 e ss., ed in *Dir. fall.*, 2008, 5, 2 con nota di SCHIANO DI PEPE, *E' possibile rifondare l'art. 173 legge fallimentare?*; Trib. Milano, 19 luglio 2007, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 25 ottobre 2007, in www.ilcaso.it. In particolare, da parte del Tribunale di Milano, si è affermato che "... in mancanza di una abrogazione espressa e di profili di effettiva incompatibilità con la disciplina riformata, si tratti di norma tuttora vigente, che, come questo tribunale ha già avuto occasione di affermare, "costituisce

Appare pertanto rilevante – anche in considerazione del fatto che il concordato preventivo si sta rivelando l’istituto di maggior applicazione nella risoluzione della crisi di impresa –, individuare e delineare le condotte che la stessa norma prevede come ostative della prosecuzione della procedura.

Come è noto, l’art. 173 prevede che *“il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell’attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d’ufficio il procedimento per la revoca dell’ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori”*.

In dottrina ed in giurisprudenza si è sottolineato come gli atti di frode richiamati dalla fattispecie sono divisibili in due distinte categorie: nel primo gruppo sono previsti atti di frode tipizzati (la dissimulazione o l’occultamento di parte dell’attivo, l’omessa denuncia di uno o più crediti, l’esposizione di passività inesistenti), mentre, con locuzione generale di chiusura, *“altri atti di frode”*, il legislatore ha voluto ricomprendere anche altre condotte non tipizzabili aventi contenuto decettivo.

a) Gli atti di frode tipizzati.

Analizzando le indicazioni della giurisprudenza, si ricomprendono generalmente fra gli atti di frode: l’occultamento di parte dell’attivo, ossia il suo nascondimento materiale; la dissimulazione di parte dell’attivo, ossia il suo nascondimento giuridico, mediante atti simulati o mediante l’alterazione delle scritture contabili oppure per mezzo della relazione infedele dello stato analitico ed estimativo delle attività⁶; l’omessa denuncia di uno o più crediti, volta a sottostimare il fabbisogno, anche

un’applicazione del principio di buona fede che deve costituire il modello di comportamento del debitore nell’adempimento delle obbligazioni” ... e che impone di attribuire rilevanza a tutti quei comportamenti che, seppure antecedenti alla presentazione della domanda di concordato preventivo, risultano preordinati o ad una falsa rappresentazione delle condizioni di ammissibilità della procedura, in violazione degli obblighi di trasparenza e completezza dell’informazione o a depauperare in modo significativo l’impresa, in pregiudizio della garanzia patrimoniale generica prevista a favore dei creditori dall’art. 2740 c.c.”.

⁶ Cfr. Trib. Milano, 28 aprile 2008, in *www.ilcaso.it*, secondo cui realizzano la fattispecie in questione l’ingiustificata svalutazione di un credito di rilevante entità ed il conferimento di un diritto di opzione in favore dell’affittuaria di azienda che ostacoli il trasferimento delle azioni all’assuntore; per Trib. Forlì, 13 maggio 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II 766, equivale alla dissimulazione di parte dell’attivo l’omessa indicazione anche di un solo bene; cfr. altresì Trib. Monza, 25 novembre 2011, in *Fallimento*, 2012, 236, che ha ritenuto sussistente il mascheramento di una parte dell’attivo nell’occultamento di alcuni elementi utili all’esperibilità dell’azione di responsabilità.

per mezzo della mancata enunciazione di un credito contestato o incerto ovvero mediante la mancata denuncia di una causa di prelazione, o, al contrario, la qualificazione di un credito come prelazionario pure in mancanza del relativo presupposto; l'esposizione di passività inesistenti⁷.

b) Gli altri atti di frode rilevanti.

Con riferimento alla commissione di “altri atti di frode” si ritiene che essi non coincidano con quelli di natura civilistica, come i contratti in frode alla legge con causa o motivo illecito, né con quelli che lo siano sotto il profilo penale, ma identificano gli atti che rivestono rilevanza interna alla procedura, perché volti a frodare le ragioni dei creditori, inficiandone l'*iter* di formazione della volontà⁸.

Si è poi precisato – ma tale considerazione acquista rilevanza anche con riferimento agli atti di frode tipizzati –, che la loro valenza deve essere letta in considerazione dell'idoneità a falsare il corretto e regolare andamento della procedura, minando o vanificando la prospettazione in base alla quale i creditori hanno formato il proprio convincimento ed espresso il proprio voto, di guisa che rientrerebbero in tale novero gli atti di frode idonei ad ingannare i creditori e non quelli idonei a pregiudicarli da un punto di vista economico.

In entrambi i casi, all'accertamento dei medesimi, il commissario deve darne immediata notizia al Tribunale, perché questo promuova il procedimento di cui all'art. 173 l.f..

La dottrina⁹ ha interpretato in senso ampio il riferimento alle condotte, alla luce del fatto che sarebbe irragionevole “... *distinguere gli occultamenti o la dissimulazione (condotte espressamente sanzionate) dalla distrazione e/o distruzione e che la clausola finale («altri atti di frode») è di tale ampiezza da includere sicuramente anche le sottrazioni di*

⁷ Cfr. Trib. Prato, 6 ottobre 2010, in *Fallimento*, 2011, 120, ove si è affermato che costituisce esposizione di passività inesistenti l'inserimento nella proposta di passività sorte per effetto di transazioni con società riferibili al debitore concordatario in virtù delle quali quest'ultimo si sia riconosciuto loro debitore di somme non ancora maturate, determinate unilateralmente dai creditori, incerte nella loro esistenza e senza alcuna concessione reciproca, finalizzata alla distrazione di attivo in favore di chi non è creditore, e volta ad accrescere la percentuale di soddisfazione di chi lo sia in misura inferiore a quella che appare, o a creare maggioranze fittizie.

⁸ Cfr. Trib. Bari, 7 aprile 2010, in *Fallimento*, 2010, 999, da parte del quale si è escluso che rientri in tale novero l'operazione di mutuo ipotecario destinata in parte ad estinguere precedenti passività nei confronti di una banca e in parte a finanziare l'attività d'impresa, qualora la struttura e la finalità dell'operazione siano state compiutamente rappresentate nella proposta concordataria, a nulla rilevando, in senso contrario, la sua assoggettabilità, in caso di fallimento, ad azione revocatoria ex art. 67, primo comma, n. 2,1. fall.. Su questa falsariga, si giunge ad affermare l'irrilevanza, ai fini dell'art. 173 l.fall., degli illeciti gestionali o contabili incapaci d'incidere sulla esatta rappresentazione dei dati adottati con la proposta o, comunque, inidonei a determinare poste di danno.

⁹ Cfr. PENTA, *La revoca del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 6, 2011, 736.

denaro o la distruzione di beni aziendali”¹⁰, sottolineando, poi, come “... diversamente opinando, in virtù del principio del consenso informato, indirettamente si legittimerebbero pregresse attività distrattive o, comunque, fraudolente per il solo fatto che, alla stregua della proposta presentata, giammai i creditori avrebbero potuto contare, ai fini dell’espressione di un voto consapevole ed in termini di aspettative di soddisfo, sui beni sottratti o distrutti. In definitiva, sarebbe sufficiente che le condotte frodatorie fossero portate a conoscenza dei creditori e non vizino, per l’effetto, sotto il profilo informativo, l’esercizio del diritto di voto da parte di questi ultimi. Del resto, il debitore che chiede di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo e rappresenta ai creditori un attivo diverso e significativamente superiore a quello effettivamente a disposizione della procedura compie un atto fraudolento, assimilabile ad un atto di sottrazione o dissimulazione dell’attivo”¹¹.

Come già osservato, l’art. 173 l.f. non è stata oggetto di alcuna modifica a seguito degli interventi innovatori che hanno riguardato il concordato preventivo, ed anzi, con il d.lgs. n. 169/07, tale norma ha trovato esplicita conferma.

L’ambito applicativo di tale disposizione deve, tuttavia, essere coordinato con l’accentuazione della natura contrattuale dell’istituto concordatario, e, in particolare, si deve considerare che se, in passato, la norma aveva la funzione di sanzionare il “disvalore” di taluni comportamenti del debitore, che lo rendevano immeritevole del beneficio concordatario (eliminato ogni riferimento alla correttezza contabile ed alla meritevolezza comportamentale), attualmente, la portata operativa della fattispecie deve essere vista alla luce della richiesta adeguatezza del piano di soluzione della crisi e della valutazione positiva di esso da parte dei creditori.

¹⁰ In senso contrario, cfr. Trib. Sulmona, 19 gennaio 2006, in *Fallimento*, 2006, 608, secondo cui le condotte enucleate dalla norma in esame si riferirebbero esclusivamente ai documenti (stato analitico ed estimativo delle attività ed elenco nominativo dei creditori), da allegare alla domanda di concordato preventivo, e non anche alle alterazioni giuridiche e materiali della consistenza patrimoniale (che sarebbero contemplate soltanto nel secondo comma).

¹¹ Cfr. PENTA, *op. cit.*, 736. Ad avviso del citato Autore, resterebbero esclusi dall’alveo delle disposizioni in oggetto “... soltanto i semplici addebiti di mala gestio o di pagamenti revocabili, nonché le condotte poste in essere con il serio obiettivo di consentire la prosecuzione dell’attività e la tutela del patrimonio del debitore (Trib. Torino 6 marzo 2006, inedito). Trib. Milano, 28 aprile 2008, in www.ilcaso.it, che, in una fattispecie di ingiustificata svalutazione di un credito di rilevante entità, ha sostenuto che le condotte contabili illecite sono rilevanti allorquando influiscono sulla corretta rappresentazione dei dati, al fine di rendere la proposta maggiormente appetibile”.

In tale prospettiva interpretativa si è pertanto affermato che il concetto di frode dovrebbe essere anch'esso riferito non più ad una valutazione "personale" del comportamento pregresso del debitore, bensì ad una verifica specifica dell'influenza negativa di taluni comportamenti sulla serietà dell'approccio alla procedura concorsuale, nonché circa il compimento di atti in pregiudizio dei creditori. Pertanto, una volta individuata e delineata da un punto di vista "oggettivo" la portata applicativa delle condotte rilevanti, ci si deve domandare se effettivamente in presenza di tali fattispecie debba in ogni caso interrompersi la procedura di concordato preventivo.

2. L'interpretazione della natura "frodatoria" indicata dall'art. 173 l.f.: le soluzioni prospettate in dottrina ed in giurisprudenza.

In ordine a tale ultimo problema il dibattito – soprattutto nell'ambito della giurisprudenza di merito –, è stato quanto mai variegato e contraddittorio ed ha interessato soprattutto l'aspetto della natura frodatoria che deve caratterizzare gli atti previsti dall'art. 173 l.f..

Proprio per ciò che attiene alla valenza decettiva degli atti considerati dall'art. 173, primo comma, l.f. – implicita nelle condotte tipizzate di occultamento o dissimulazione di attivo e di esposizione di passività inesistenti, ed esplicitamente richiesto per le condotte atipiche rientranti nella categoria residuale –, si è sostenuto¹² che "*... essa non possa ormai che essere riferita - piuttosto che ad una valutazione "personale" del debitore - agli interessi patrimoniali e informativi dei creditori e che pertanto alla luce di una interpretazione consensualistica dell'istituto concordatario, l'art. 173 l.f. valga tuttora a sanzionare quelle situazioni in cui il comportamento doloso pregiudichi la stessa formazione di un consenso non "viziato" ovvero siano tali da inficiare direttamente le aspettative di soddisfo dei creditori*".

In tal senso si è pronunciata la Corte di Appello di Genova¹³, affermando che, in ordine ai criteri che consentono di

¹² Cfr. PERRINO, *Commento sub art. 173*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2008, 1534, il quale conferisce rilevanza alle sole condotte idonee a minare o vanificare "*le prospettive di soddisfazione in base alle quali i creditori hanno formato il proprio convincimento ed espresso il proprio voto*".

¹³ Cfr. App. Genova, 2 luglio 2011, in www.ilcaso.it, nello stesso senso, cfr. App. Bologna, 14 aprile 2014, inedita, secondo cui "*per quanto censurabili quale ipotesi di mala gestio imputabile all'organo amministrativo ... le altre operazioni denunciate dalla reclamante, in quanto evidenziate ed ormai cristallizzate nella contabilità aziendale allegata alla proposta di concordato e desumibile dalla stessa relazione del professionista attentatore, non possono assumere concreta rilevanza al fine della interruzione della procedura ... non ogni illecito può infatti rilevare a tal fine, ma solo i comportamenti dotati di valenza decettiva, tale cioè da pregiudicare il consenso*".

individuare gli atti di frode per la revoca della procedura di concordato preventivo, ai sensi dell'articolo 173 l.f., tali non possono essere considerati eventuali atti distrattivi compiuti dall'imprenditore in epoca precedente l'inizio della procedura di concordato e non indicati nella relativa proposta, qualora i creditori abbiano dato la loro adesione sulla base della relazione di cui all'articolo 161, comma 2, l.f. e di quella illustrativa del Commissario giudiziale, ex articolo 172 l.f., purché in detti documenti siano analiticamente descritti lo stato patrimoniale attivo e quello passivo e le operazioni contestate risultino ormai cristallizzate nella contabilità sociale.

Tale soluzione – che valorizza l'aspetto contrattualistico del concordato preventivo e, quindi, la necessità che i creditori che esprimono il consenso siano adeguatamente e correttamente informati circa la situazione patrimoniale del debitore –, è stata proposta anche da parte del Tribunale di Bari, secondo cui *“... ai fini della revoca del decreto di ammissione al concordato preventivo, per “altri atti di frode” rilevanti ex art. 173 l.f. non devono intendersi quelli che siano tali da un punto di vista civilistico o penalistico, ma solo gli atti fraudolenti che abbiano una rilevanza interna alla procedura concorsuale e che siano finalizzati a frodare le ragioni del ceto creditori, ossia quegli atti che siano suscettibili, indipendentemente dalla loro idoneità, di inficiare il percorso formativo del consenso che i creditori devono esprimere sulla proposta concordataria, nel senso di rappresentare, al fine carpirne il consenso, una falsata o errata rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e/o finanziaria dell'impresa debitrice; non possono ritenersi tali la predisposizione di bilanci contenenti dati non veritieri, qualora siano stati superati in corso di procedura da un più recente bilancio che abbia determinato l'emersione di una situazione patrimoniale più aderente a quella reale, né le operazioni di restituzione in conto finanziamento soci, ove la loro irregolarità sia contestata e la debitrice abbia offerto di garantire l'eventuale obbligazione restitutoria con fideiussione bancaria o assicurativa, e nemmeno la svendita di beni sociali a prezzo vile, qualora abbia avuto modesta incidenza nell'economia complessiva del piano concordatario”*¹⁴.

Nel senso sopra indicato si è espressa anche la Corte di Appello di Firenze, secondo cui, in presenza di una corretta

informato dei creditori ... nella fattispecie, al contrario, gli elementi di criticità denunciati dalla reclamante risultavano cristallizzati nella contabilità aziendale, e quindi portati a conoscenza del commissario, che ne ha dato atto nelle relazioni comunicate ai creditori”.

¹⁴ Cfr. Trib. Bari, 9 giugno 2010, in *Fallimento*, 2010, 1216.

informazione contabile allegata al ricorso e posta a fondamento di un piano di concordato, l'omologazione non può ritenersi impedita dalla inattendibilità dei bilanci societari relativi agli anni precedenti¹⁵.

In altra occasione, si è affermato che “... affinché il tribunale possa esercitare il potere di arresto della procedura di cui all'art. 173, ult. comma l.f., e quindi rigetti la domanda di omologazione all'esito di una valutazione di non fattibilità del piano che prescindendo da opposizioni presentate da altri soggetti, devono sussistere due condizioni: i) che il peggioramento delle prospettive di attuazione del piano concordatario deve essersi verificato in epoca successiva alla approvazione della proposta da parte dei creditori (in tali casi è necessario tutelare l'interesse dei creditori pregiudicati dal fatto di essersi espressi in relazione ad una proposta non più valida ed attuale); ii) che lo scostamento dalle prospettive di realizzazione della proposta, rispetto a quelle sulle quali si è imperniata l'approvazione, deve essere significativo e non di scarsa rilevanza”¹⁶.

Secondo altra giurisprudenza “... integra la fattispecie della dissimulazione dell'attivo e giustifica pertanto l'arresto della procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 173 legge fall. il fatto che la proposta contenga una ingiustificata svalutazione di un credito di rilevante entità (in teoria azionabile nella sua interezza una volta approvato il concordato) nonché la presenza di un diritto di opzione a favore dell'affittuaria dell'azienda tale da ostacolare il trasferimento delle azioni all'assuntore”¹⁷.

In altra occasione si è affermato che per atti di frode (art. 173, legge fallimentare) debbono intendersi tutti gli atti diretti a causare o aggravare il dissesto, ossia atti che comportino accrescimento del passivo o diminuzione dell'attivo, senza alcuna giustificazione attinente all'attività imprenditoriale esercitata, compiuti dal debitore con la consapevolezza di arrecare pregiudizio ai creditori, riducendo le loro possibilità di soddisfacimento¹⁸.

Da parte di altra giurisprudenza si è affermato che il compimento di operazioni astrattamente idonee a

¹⁵ Cfr. App. Firenze, 21 maggio 2009, citata da RACUGNO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale – Profili sostanziali*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da BUONOCORE-BASSI, I, Padova, 2010, 894, il quale condivide tale soluzione in cui viene proposta una lettura “restrittiva” della categoria residuale degli “atti di frode” alla luce del venire meno del requisito della meritevolezza.

¹⁶ Trib. Milano, 25 ottobre 2007, in www.ilcaso.it.

¹⁷ Cfr. [Trib. Milano, 28 aprile 2008](http://www.ilcaso.it), cit.

¹⁸ Cfr. [Trib. Roma, 20 aprile 2010](http://www.ilcaso.it), in www.ilcaso.it.

determinare un pregiudizio ai creditori dell'impresa non integra l'ipotesi di frode di cui all'art. 173 l.f., se giustificato da ragionevoli valutazioni gestionali e compiuto in epoca non sospetta¹⁹.

Va anche ricordata una articolata pronuncia del Tribunale di Cagliari²⁰ secondo cui “... *non si dubita in dottrina e giurisprudenza che gli altri atti in frode qui in rilievo (così come tutte le altre ipotesi previste dal secondo comma dell'art.173 l.f.) sono solamente quelli che sono stati compiuti prima dell'apertura della procedura di concordato preventivo*”): a tale conclusione si giunge in quanto il terzo comma dell'art. 173 l.f. disciplina espressamente le condotte che possono portare all'arresto della procedura se commesse dopo l'ammissione, con ciò delineando l'ambito di operatività temporale del primo comma”

A tale considerazione si aggiunga che - come esemplificato in dottrina²¹ - ragionando diversamente, e, quindi, attribuendo rilievo ai soli atti distrattivi successivi alla domanda, “*basterebbe sottrarre la cassa il giorno prima del deposito del ricorso per sfuggire all'applicazione della norma*”.

Anche il Tribunale di Mantova ha fornito precise indicazioni in ordine alla individuazione degli atti di frode rilevanti ai fini della revoca dell'ammissione del concordato preventivo, analizzando la funzione dell'istituto ed affermando che “...*il concetto di atto di frode, nel disposto dell'art. 173, legge fallimentare, ultima parte del primo comma, deve essere letto alla luce della complessiva impostazione e finalità del concordato preventivo riformato, per cui in sede di procedimento ex art. 173 citato, esattamente come in sede di ammissione al concordato preventivo, la condotta del debitore non può essere valutata nel suo connotato etico; pertanto, gli atti di frode che rilevano, commessi dal debitore in epoca anteriore all'apertura della procedura, sono unicamente quelli destinati ad incidere sull'ammissibilità della proposta concordataria, ovvero quelli che traggono in inganno il ceto creditorio con riguardo alle aspettative di soddisfo e che in generale sono idonei ad influenzare la volontà dei creditori in sede di voto*”.

Da parte del Tribunale lombardo si è poi precisato che “... *gli atti fraudolenti commessi dal debitore ammesso al concordato preventivo ai danni di alcuni creditori in epoca anteriore all'apertura della procedura, quand'anche possano*

¹⁹ Cfr. Trib. Mondovì, 17 dicembre 2008, in www.ilcaso.it.

²⁰ Cfr. Trib. Cagliari, 12 marzo 2009, inedita.

²¹ Cfr. PENTA, *op. ult. cit., passim*.

comportare una responsabilità penale dei soggetti che li hanno posti in essere, se non hanno influenzato l'ammissibilità del concordato, o se non incidono - rispetto ai creditori- sull'attendibilità della proposta concordataria, ovvero non sono idonei a condizionare il voto dei creditori, non legittimano un provvedimento di revoca dell'ammissione al concordato ai sensi dell'art. 173, legge fallimentare"²².

Da parte della dottrina²³ si è evidenziato come gli atti di frode di cui all'art. 173 l.f. "*... non possono essere intesi in senso civilistico ... o penalistico ... bensì rilevano ai fini della revoca dall'ammissione alla procedura di concordato preventivo soltanto in quanto dotati di idoneità ingannatoria, oltre che dannosa, nei confronti dei creditori e/o degli organi della procedura, finalizzati cioè a trarre in inganno il ceto creditorio nel percorso formativo del consenso per la votazione della proposta di concordato o comunque in presenza di illeciti commessi per ottenerne l'ammissione, oltre che naturalmente gli atti soggetti ad autorizzazione ex art. 167 posti in essere illegalmente nel corso della procedura, ovvero finalizzati a frodare le ragioni dei creditori minando o vanificando le prospettive indicate nel piano*".

Da parte di altri Autori si è sottolineato come il sindacato sugli atti di frode, integri un giudizio che, pur vertendo sulla condotta del debitore, "*... resta ben distinto dalla*

²² Cfr. Tribunale di Mantova, 22 giugno 2011, in www.ilcaso.it; ed in *Fallimento*, 2011, 938, con commento di AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*. Cfr. altresì Tribunale Padova, 30 maggio 2013, in www.ilcaso.it, secondo cui "*gli atti di frode di cui all'articolo 173 L.F. non sono gli interventi sul patrimonio del debitore, ma solo l'attività di questi che nel proporre il concordato occulti tali interventi in modo tale da alterare la percezione dei creditori circa la reale situazione del debitore ed influenzando, quindi, il loro giudizio*"; cfr., inoltre, Corte [App. Torino, 21 maggio 2013, ivi](#), ove si è affermato che "*non danno luogo alla revoca della procedura di concordato preventivo, ai sensi dell'articolo 173 L.F., scelte gestionali pregiudizievoli ai creditori o penalmente rilevanti che siano state poste in essere prima dell'ammissione alla procedura e che siano state rese palesi ai creditori con informazioni idonee a metterli in condizione di valutare appieno la proposta concordataria. La nozione di atto in fronte che assume rilievo quale presupposto per la revoca della procedura richiede, infatti, che la condotta del debitore sia stata volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, tali cioè che, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta*".

²³ Cfr. RACUGNO, *op. cit.*, 895, il quale conclude affermando che "*... l'eliminazione, in seguito alla riforma della normativa del diritto fallimentare di qualunque profilo di meritevolezza soggettiva per l'ammissione alla procedura esclude la rilevanza di quegli atti di frode posti in essere dall'imprenditore senza alcuna connessione con la possibilità di accedere alla procedura di concordato, con esclusione cioè dei semplici addebiti di mala gestio o di pagamenti revocabili*".

valutazione del previgente requisito della meritevolezza. L'organo giurisdizionale non può più verificare la correttezza professionale e gestionale dell'imprenditore, dovendosi limitare, piuttosto, a controllare che il debitore non "abusi" della procedura concordataria, imponendo ai creditori un sacrificio (proporzionale all'entità della falcidia) reso ingiustificato da condotte fraudolente che abbiano determinato il depauperamento del patrimonio dell'impresa".

Proprio analizzando l'aspetto della "meritevolezza", altra dottrina²⁴ è giunta a diverse conclusioni, ricordando che "... un conto è la "meritevolezza" (soggettiva dell'imprenditore) che era originariamente prevista dall'art. 160 e dall'art. 181, quale valutazione della condotta positiva della condotta dell'imprenditore, come presupposto di ammissione alla procedura di concordato preventivo ed oggi non più richiamata fra i requisiti di ammissione, mentre altro e ben diverso è il fatto che l'imprenditore non abbia commesso atti di manomissione prima o durante la procedura di concordato o abbia rappresentato una realtà artificiosa. In tal caso non si versa più in situazioni di fatto riconducibili alla sola meritevolezza (lato sensu intesa), ma a veri e propri illeciti (penali) che sono rimasti intatti nella loro previsione giuridica, fatti che ben fanno dubitare della attendibilità e del fondamento della proposta stessa di concordato. L'accertamento di taluno dei suddetti fatti quindi non può che portare, ipso iure, ad una conclusione del procedimento di concordato con possibile successivo sbocco in quello di fallimento, trattandosi, tra l'altro, di vicende che non sono suscettibili di qualsivoglia sanatoria anche attraverso una diversa e migliorativa proposta di concordato".

Peraltro, da parte di altra dottrina²⁵, in una prospettiva critica a tale ultima soluzione, si è ritenuto opportuno richiamare l'attenzione "... alla disciplina positiva complessiva dell'istituto, il quale - in estrema sintesi - continua ad essere strutturato in fasi procedurali distinte, che si articolano attraverso l'ammissione, l'approvazione e la omologazione".

L'ambito di operatività del concetto di "atti di frode" è stato verificato anche da parte del Tribunale di Milano²⁶, il quale

²⁴ Cfr. DE CRESCIENZO, *sub art. 173*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, Bologna, 2007, II, 2466-2467.

²⁵ Cfr. FILOCAMO, *op. cit.*, 1467 e ss..

²⁶ Cfr. [Trib. Milano, 19 luglio 2007](#), cit..

ha statuito che “... l’abolizione, ai fini della ammissione al concordato preventivo, del requisito della meritevolezza dell’imprenditore non comporta l’abrogazione implicita dell’art. 173 l.f., né, dunque, l’indifferenza della vicenda concordataria di fronte a violazioni del dovere di correttezza così gravi come quelle delineate dalla norma in discorso. Tale disposizione costituisce, infatti, un’applicazione del principio della buona fede che deve costituire il modello di comportamento del debitore nell’adempimento delle obbligazioni e che trova fondamento costituzionale negli inderogabili doveri di solidarietà sociale tutelati dall’art. 2 della Costituzione. Tale conclusione trova conferma nel fatto che il Legislatore, una volta introdotta la riforma del 2005, non ha poi espunto la norma dal sistema concorsuale in occasione della novella organica del 2006, sicché si deve presumere che la permanenza di tale disposizione sia frutto di una precisa scelta che preclude ogni interpretazione volta ad affermarne l’abrogazione implicita”.

In dottrina, è stato ancora sostenuto - alla luce di una interpretazione “contrattualistica” dell’istituto concordatario - che l’art. 173 l.f. assolve alla funzione di sanzionare solo quelle situazioni in cui il comportamento doloso pregiudichi la stessa formazione di un consenso non “viziato” ovvero siano tali da inficiare direttamente le aspettative di soddisfazione dei creditori²⁷.

In particolare, da parte della giurisprudenza di merito si è evidenziato come la rappresentazione non corretta della situazione patrimoniale dell’impresa, dovuta all’omessa esposizione di passività esistenti per importi significativi, successivamente rilevate dal commissario giudiziale, può rientrare nella categoria degli “altri atti in frode”, sol che si ravvisi in base ad elementi univoci la volontarietà dei fatti costitutivi del comportamento fraudolento, atteso che il disvalore della condotta che determina la revoca del concordato preventivo è già insito nella decettività della stessa, cioè nella capacità di trarre in inganno i creditori, senza necessità che sia valorizzata la particolare finalità perseguita dal proponente²⁸.

²⁷ Cfr., in tal senso, anche Corte App. Milano, 10 gennaio 2014, in www.ilcaso.it, ove si sottolinea che “la nozione di atto di frode, di cui all’art. 173 l.f., esige che la condotta del debitore abbia avuto caratteristiche decettive e cioè sia stata volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori. Di conseguenza, non può parlarsi di “atti di frode” quando il debitore ha fatto piena e corretta menzione di tali atti nella proposta concordataria”.

²⁸ Cfr., in tal senso, Trib. Marsala, 30 luglio 2013, in www.ilcaso.it.

In tale prospettiva interpretativa si è posto l'accento sul fatto che la norma di riferimento richiede espressamente che i comportamenti del debitore siano scientemente ispirati ad una finalità "frodatoria" e tale finalità non può che avere come destinatari i creditori del concordato preventivo

Tale soluzione troverebbe conferma nel fatto che anche il capoverso della norma, nel sanzionare il compimento di atti non autorizzati a norma dell'art. 167 l. fall., appare ispirato alle stesse esigenze di tutela del ceto creditorio, tant'è che alla dottrina che in passato ha sostenuto l'automaticità del fallimento si opponeva l'opinione di chi riteneva che dovessero essere così sanzionati solo quegli atti che mettessero a rischio la convenienza del concordato²⁹.

La soluzione interpretativa maggiormente rigorosa si caratterizza per la ritenuta persistenza di una valenza pubblicistica nell'ambito del concordato, in quanto, se è ben vero che il concordato preventivo non prevede più fra i presupposti la c.d. meritevolezza, il cui giudizio non viene più eseguito, è altrettanto vero che non possono essere posti nel nulla - mediante l'ammissione alla procedura - gli eventuali reati compiuti dall'imprenditore che hanno intaccato e possono continuare a depauperare il patrimonio ai sensi dell'art. 2740 c.c..

In tale prospettiva, si è affermato che, nell'ambito di operatività dell'art. 173 l.f., devono essere ricomprese tutte le condotte sanzionate dagli artt. 216 e 236 l.f., sottolineando come eventuali sottrazioni di denaro piuttosto che occultamenti o distruzioni di beni aziendali da parte del debitore, ancorché avvenute prima della presentazione del ricorso, al pari di ogni altro atto consapevolmente dannoso per i creditori - incluse le false comunicazioni sociali -, paiono doversi considerare come altrettante cause di arresto della procedura, anche se poste in essere precedentemente alla presentazione del concordato preventivo³⁰.

Si è quindi affermato che *"il debitore che chiede di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo e rappresenta ai creditori un attivo diverso e significativamente superiore a quello effettivamente a*

²⁹ Cfr. Cass., 23 giugno 1988, n. 4278, in *Foro it.*, 1989, I, 1178; Trib. Firenze, 19 gennaio 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, 1558.

³⁰ Nell'ambito della giurisprudenza formatasi nella vigenza dell'ormai abrogato concordato preventivo che prevedeva fra i requisiti di ammissibilità anche la "meritevolezza" dell'imprenditore, la sottrazione di somme di denaro, che il debitore ammesso al concordato preventivo avesse effettuato prima di proporre il concordato medesimo, così determinando l'insufficienza dell'attivo offerto ai creditori, al pari di ogni altro atto di frode commesso in danno dei creditori, poteva costituire sia ragione di arresto della procedura prima della fase dell'omologazione, secondo la previsione dell'art. 173 l.fall., sia, ove si fosse giunti a tale omologazione, motivo di rifiuto dell'omologazione stessa, sotto il profilo della non meritevolezza del concordato cfr., in tal senso Cfr. Cass., 2 aprile 1985, n. 2250, in *Fallimento*, 1985, 1036.

disposizione della procedura, compie un atto fraudolento, assimilabile ad un atto di sottrazione o dissimulazione dell'attivo, in quanto vizia geneticamente l'accordo che sorregge il concordato, che può costituire presupposto per l'annullamento del concordato"³¹.

In una diversa prospettiva, sicuramente più rispettosa della "nuova natura" pattizia o se si preferisce "contrattualistica" del concordato preventivo, e che appare ora maggioritaria, si è affermato che devono ritenersi rilevanti, ai fini dell'interruzione della procedura di concordato solo quegli atti aventi genericamente natura frodatória che siano finalizzati a trarre in inganno il ceto creditorio³².

Si è quindi precisato che "*... a rigore, andrebbero altresì esclusi gli atti distrattivi (pur censurabili) commessi per finalità (ad esempio, di lucro) diverse dall'ammissione al concordato. In passato si sosteneva che gli atti di distrazione posti in essere in epoca antecedente alla presentazione della domanda di concordato, così come quelli lesivi della parità di trattamento dei creditori risalenti al medesimo periodo, non avrebbero dovuto essere considerati ai fini di cui all'articolo in esame, in quanto soltanto il secondo comma prendeva in considerazione eventi depauperativi del patrimonio del debitore*"³³.

Una soluzione parzialmente diversa è stata proposta da parte del Tribunale di Milano³⁴, il quale ha attribuito rilevanza alla natura ed alla tipologia della condotta, più che all'attitudine della stessa a condizionare il voto dei creditori: si sono individuati gli atti di frode rilevanti nella prospettiva del concordato preventivo sottolineando – in prima battuta – come "*... non tutte le condotte fraudolente antecedenti alla presentazione della domanda di concordato preventivo sono di per sé stesse ostative alla prosecuzione della procedura*" specificando poi che "*... la individuazione delle condotte a tal fine rilevanti deriva dalla armonizzazione della soppressione del requisito della meritevolezza, nonché di tutte le condizioni di ammissibilità del concordato che il testo previgente dell'articolo 160, legge fallimentare ancorava a requisiti di natura etica, con la previsione dell'attuale articolo 173, legge fallimentare, ove il legislatore ha comunque mantenuto la rilevanza ostativa di fatti quali l'occultamento di parte dell'attivo e l'esposizione di passività inesistenti, o la commissione di altri atti di frode*".

³¹Cfr. Trib. Mantova, 18 settembre 2008, in www.ilcaso.it.

³² Cfr. Trib. Piacenza, 4 dicembre 2008, in *Fallimento*, 2009, 1464, con commento di FILOCAMO, cit., 1467 e ss..

³³ Cfr. PENTA, *op. cit.*, 735.

³⁴ Cfr. Trib. Milano, 28 aprile 2011, in www.ilcaso.it.

Alla luce di tali principi, cui deve attenersi l'interprete, secondo il Tribunale milanese, si deve “... *necessariamente a circoscrivere la sfera di applicabilità del primo comma del citato articolo 173 a quei soli comportamenti che per gravità ed importanza siano tali da rendere illegittimo il ricorso da parte dell'imprenditore ad un istituto che gli assicura, a differenza del fallimento, il beneficio dell'esdebitazione, oltre che il dimezzamento delle pene previste per i reati previsti dagli articoli 216 e seguenti, legge fallimentare. In tale prospettiva, il criterio per selezionare la rilevanza degli “altri atti di frode” non può che dipendere dall'impatto che la condotta abbia avuto nella causazione della crisi e, soprattutto, sull'entità della stessa. Appare difficile, infatti, poter sostenere che la condotta risoltasi nella sottrazione fraudolenta di risorse destinate al soddisfacimento dei creditori non osti alla prosecuzione della procedura (e prima ancora, per ragioni di economia, all'apertura) quando risulti che essa abbia causato o concausato la crisi, o dilatato in maniera significativa il passivo, con corrispondente diminuzione delle prospettive di soddisfacimento dei creditori. In una logica di questo tipo assumeranno, quindi, rilievo diversi elementi, quali soprattutto l'entità della diminuzione della garanzia patrimoniale del debitore, da considerarsi in rapporto alle dimensioni del dissesto, ed anche la maggiore o minore prossimità della sottrazione al momento di manifestazione della crisi e il maggiore o minor disvalore sociale della condotta fraudolenta”³⁵.*

Nell'ambito delle soluzioni proposte riteniamo preferibile quella che individua gli atti di frode idonei ad interrompere la procedura in quelli che abbiano come obiettivo l'inganno dei creditori, dovendo nelle altre ipotesi (si pensi a situazioni di appropriazione indebita, di condotte distrattive o di pagamenti preferenziali che vengano apertamente e chiaramente illustrate nelle relazione dell'attestatore o nello stesso “piano concordatario”) troveranno eventuale disciplina nella previsione dell'articolo 236 legge fallimentare, quando si tratti di comportamenti rientranti nel catalogo dei reati fallimentari o comuni.

Pertanto, appare prevalente l'orientamento giurisprudenziale che tende a ricomprendere tra gli “atti di frode” tutti i comportamenti che abbiano rilevanza interna alla procedura, in quanto finalizzati a frodare le ragioni dei creditori, inficiando il percorso formativo del consenso con una falsa o erronea rappresentazione della realtà.

3. Le soluzioni della giurisprudenza di legittimità

³⁵ Cfr. Trib. Milano, *ult. cit.*.

Anche da parte della Corte di Cassazione³⁶ si è cercato di individuare un minimo comune denominatore fra gli atti di frode rilevanti ai sensi dell'art. 173 l.f., affermando - in conformità all'orientamento prevalente nella giurisprudenza di merito -, che il dato caratteristico “... è dato dalla loro *attitudine ad ingannare i creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, sottacendo l'esistenza di parte dell'attivo o aumentando artatamente il passivo in modo da far apparire la proposta maggiormente conveniente rispetto alla liquidazione fallimentare*”.

Ad avviso dei giudici di legittimità “... si tratta, in sostanza, di comportamenti volti a pregiudicare la possibilità che i creditori possano compiere le valutazioni di loro competenza avendo presente l'effettiva consistenza e la reale situazione giuridica degli elementi attivi e passivi del patrimonio dell'impresa. Questa è, quindi, la connotazione tutti gli altri indefiniti comportamenti dell'imprenditore per poter essere definiti atti di frode. È, allora, possibile concludere affermando che nessun intervento sul patrimonio del debitore è di per sé qualificabile come atto di frode ma solo l'attività del proponente il concordato volta ad occultarlo in modo da poter alterare la percezione dei creditori circa la reale situazione del debitore influenzando il loro giudizio. Ogni diversa interpretazione della norma in esame non farebbe altro che reintrodurre il requisito della meritevolezza apertamente ripudiato dal legislatore della riforma”. Gli atti rilevanti ai sensi dell'art. 173 l.f. sono stati ritenuti rilevanti anche al fine di configurare “un abuso” dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede “... laddove emerga la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati posti in essere con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato preventivo, ponendo i creditori di fronte ad una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali, in modo da indurli ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria. In presenza di una tale condotta, il concordato non è ammissibile in quanto rappresenterebbe il risultato utile della preordinata attività contraria al richiamato principio della buona fede”³⁷.

³⁶ Cfr. Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, in www.ilcaso.it, ed in *Fallimento*, 2011, 933.

³⁷ Sul punto, cfr., Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Fallimento*, 2011, 403, con nota di NISIVOCCIA, *Alcuni principi in tema di concordato fallimentare*; in *Foro it.*, 2011, 1, 2095, con nota critica di PERRINO, *Abuso del diritto e concordato fallimentare: un tentativo di affermare il principio della giustizia contrattuale*; in *Giur. comm.*, 2012, II, 276, con nota di FABIANI, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*, in *Giust. civ.*, 2012, I, 516; AMBROSINI, *Il sindacato sulla fattibilità del piano concordatario*, *op. cit.*; COSTANZA, *Perché ricorrere*

In un contesto che tende a valorizzare in misura sempre maggiore il “dato informativo” si collocano altre recentissime pronunce ove parte della giurisprudenza di legittimità, al fine di privare di rilevanza tali condotte “frodatorie”, si tende a sottolineare come non sia sufficiente che il dato contabile sia comunicato ai debitori, pretendendo che lo stesso sia adeguatamente evidenziato e valorizzato da parte del debitore, allo scopo di far comprendere a coloro che si devono esprimere sull’approvazione del concordato la reale portata ed il pregiudizio economico (nei loro confronti) di tali condotte.

In tali fattispecie, la Corte di Cassazione - dopo essersi domandata se il concetto di “atti di frode” vada riferito a qualunque comportamento volontario idoneo di per sé a pregiudicare le aspettative di soddisfacimento del ceto creditorio oppure se tale sia solo la condotta volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori stessi e, quindi, tali che, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una diversa valutazione della proposta - ha ricordato come in un primo momento³⁸, nella vigenza della “previgente” formulazione del concordato preventivo, si era pervenuti ad una delimitazione ampia del concetto di atti di frode, precisando poi che “... non è necessario che ricorrano circostanze nuove, diverse rispetto a quelle precedentemente esaminate dal tribunale in occasione dell’ammissione al concordato, potendo sempre procedersi ad un nuovo apprezzamento dei presupposti per il buon esito della procedura concorsuale”³⁹.

Esaurita tale premessa, i Giudici di legittimità sono opportunamente intervenuti nuovamente sulla latitudine da attribuire agli “atti di frode”, fornendo alcune precisazioni rispetto agli arresti precedenti⁴⁰.

alle clausole generali quando è sufficiente l'applicazione della norma positiva?., in *Fallimento*, 2009, 463 e ss..

³⁸ Cass., 25 gennaio 2007, n. 1655, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2033, con nota di DIDONE, *Note minime sull'art. 173 l.fall.*

³⁹ Cfr., Cass., 23 giugno 2011, n. 13818, in *Dir. Fall.*, 2012, 2, 219, con nota di D'AMBROSIO, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del piano concordatario e sugli “altri atti di frode” ai sensi dell'art. 173 legge fall.*; nonché Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Fallimento*, 2011, 933 e ss., con nota di AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza.*

⁴⁰ Al fine di comprendere esattamente la portata della recente pronuncia della Corte di Cassazione appare opportuno riassumere il caso concreto: il Tribunale di Siracusa ammetteva una società per azioni alla procedura di concordato preventivo, ma, a seguito al deposito della relazione del commissario giudiziale, apriva d'ufficio il sub-procedimento per la revoca del decreto di ammissione e per la contestuale dichiarazione di fallimento dell'impresa insolvente ai sensi dell'art. 173 legge fallimentare. Infatti, dalla relazione del commissario emergeva che la debitrice aveva “*rappresentato una realtà imprenditoriale non veritiera, idonea ad orientare il voto dei creditori, snaturandolo e falsandolo*”. In particolare, il Tribunale poneva a fondamento della revoca del decreto di ammissione, evidenziandoli analiticamente, alcuni pagamenti

In particolare, nel caso sottoposto all'attenzione della Corte di Cassazione, veniva denunciato il vizio di violazione e/o falsa applicazione della L. Fall., art. 173, comma 1, per avere i Giudici di merito applicato detta norma ad una fattispecie estranea a quella contemplata nel disposto normativo, in quanto, nel caso concreto, le condotte qualificate come "atti di frode" non erano state accertate dal Commissario giudiziale, ma risultavano chiaramente nella domanda di concordato.

Ad avviso del ricorrente – in conformità alle conclusioni giurisprudenziali sopra richiamate - l'avvenuta "*disclosure*" era tale da consentire la facile individuazione sia delle condotte che delle persone fisiche responsabili di tali comportamenti, rendendo tali condotte non qualificabili come "frodatorie" ai sensi dell'art. 173 l.f..

Pertanto, ad avviso del ricorrente, essendo stati resi noti "i dati" che integravano le fattispecie previste dall'art. 173 l.f., il concordato ben poteva proseguire, essendo stati posti i creditori in grado di valutare tali comportamenti e prendere adeguate decisioni al momento del voto.

La Corte di Cassazione, peraltro - richiamando la *ratio* della limitazione delle condotte di frode (e, quindi, la necessità di tutela del consenso informato del debitore) - in un atteggiamento di particolare protezione del creditore, che, a mio avviso, deve essere sicuramente condiviso, pur prendendo atto dell'avvenuta "*disclosure*" ha richiesto che - per considerarsi tale - tale comportamento non solo deve essere indicato, ma deve essere specificamente illustrato ed evidenziato da parte del debitore che propone il concordato.

In particolare, la Corte di Cassazione, pur ribadendo come detti atti non possono essere più individuati nei soli atti in frode ai creditori, ma, per avere rilievo ai fini della revoca, devono avere una valenza potenzialmente decettiva, per l'idoneità a pregiudicare il consenso informato dei creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, ha precisato il significato del termine "accertati" (riferito al C.G.) e contenuto nell'art. 173 l.f..

Ad avviso dei Giudici di legittimità, nell'interpretazione letterale e sistematica, il riferimento agli atti "accertati" dal Commissario Giudiziale non esaurisce il suo contenuto

effettuati dopo la presentazione della proposta e l'ammissione al concordato, l'alterazione delle cause di prelazione ed, ancora, specifiche ipotesi di violazione del principio di trasparenza e completezza nell'elenco dei creditori. Nella ritenuta valenza decettiva di siffatto comportamento il Tribunale di Siracusa ravvisava un'ipotesi di abuso del diritto: la violazione della regola di correttezza e buona fede quale limite implicito per l'accesso al concordato.

precettivo nel richiamo al fatto “scoperto” (perché ignoto nella sua materialità), ma ben può ricomprendere il “fatto” (*id est*, dato economico o contabile) non adeguatamente e compiutamente esposto in sede di proposta di concordato e negli allegati, il quale può dirsi “accertato” dal Commissario, in quanto individuato nella sua completezza e rilevanza ai fini della corretta informazione dei creditori soltanto successivamente.

La precisazione della Corte di Cassazione è di estrema rilevanza, in quanto in tale prospettiva acquisteranno specifica valenza - ai fini della revoca *ex art.* 173 -, non solo i fatti rilevanti sottaciuti, ma anche quelli “... *non adeguatamente esposti nella loro gravità nella proposta, con lo specifico riferimento all’ artificiosa sottovalutazione delle operazioni indicate, espone senza fare riferimento a fatti rilevanti, nell’omessa indicazione dei soggetti, persone fisiche, coinvolti nelle operazioni e nei cui confronti si sarebbe potuto agire per il recupero, nella non chiara esplicitazione dei collegamenti societari*”⁴¹.

È evidente come la Corte di Cassazione, precisando l’interpretazione del termine “accerta” contenuto nell’art. 173 l.f., ha individuato un ulteriore elemento affinché le condotte di frode non siano considerate preclusive alla prosecuzione del concordato preventivo: si richiede che l’indicazione dei comportamenti fraudolenti commessi prima della presentazione del concordato sia esposta chiaramente, precisando le conseguenze economiche ai fini concordatari, al fine di far comprendere – con l’ausilio del Commissario giudiziale – ai creditori la creazione di eventuali “vantaggi patrimoniali” in favore di alcuni di essi o di terzi e consentendo loro di “sanzionare” tali comportamenti con il voto contrario alla proposta.

In tale prospettiva di tutela del ceto creditorio (e, in particolare, di quello dissenziente), la Corte di Cassazione, con altra recente pronuncia, ha ulteriormente ampliato l’ambito delle fattispecie rilevanti ai sensi dell’art. 173 l.f., precisando che “*la rilevanza, ai fini e per gli effetti di cui all’articolo 173 LF, della natura fraudolenta degli atti posti*

⁴¹ Tali principi erano, peraltro, già stati anticipati da parte del Tribunale di Milano, 28 aprile 2011, in www.ilcaso.it, ove si affermava che “... *il fatto che la preordinata scelleratezza dell’operazione sia emersa in tutta la sua chiarezza soltanto quale conseguenza degli accertamenti del Commissario e non certo a seguito dell’asettica rappresentazione fatta nella proposta di concordato, esclude che, quantomeno con riferimento alla più grave delle due condotte in parola, abbia rilievo alcuno la tesi fondata sull’effetto sanante dell’esplicitazione della frode posta in esser prima della presentazione della domanda di concordato*”.

*in essere dal debitore e potenzialmente decettivi nei riguardi dei creditori, è ravvisabile anche nell'ipotesi in cui l'inganno effettivamente realizzato sia stato reso noto ai creditori prima del voto*⁴², e nonostante la circostanza che, successivamente a tale comunicazione, via sia stato un voto favorevole da parte della maggioranza dei medesimi.

Da parte dei Giudici di legittimità si osserva - in modo del tutto condivisibile, recuperando (seppure solo in parte) l'aspetto "pubblicistico" del concordato preventivo -, che, in caso contrario, "*... se cioè l'accertamento degli atti fraudolenti ad opera del commissario potesse essere superato dal voto dei creditori che, informati della frode, siano ugualmente disposti ad approvare la proposta concordataria, non si capirebbe perché il legislatore ricollega, invece, immediatamente alla scoperta degli atti in frode il potere-dovere del giudice di revocare l'ammissione al concordato e ciò senza la necessità di alcuna presa di posizione sul punto da parte dei creditori*".

Ad avviso dei giudici di legittimità ciò significa a che il legislatore ha inteso sbarrare la via del concordato al debitore che "*... abbia posto dolosamente in essere gli atti contemplati dal citato articolo 173, individuando in essi una ragione di radicale non affidabilità del debitore medesimo e, quindi, nel loro accertamento, un ostacolo obiettivo ed insuperabile alla prosecuzione della procedura*"⁴³.

È evidente la preoccupazione della Corte di Cassazione, la quale, recuperando e valorizzando la classica distinzione fra il concordato preventivo e gli altri istituti di definizione della crisi di impresa (costituita dal fatto che nel concordato vi è una minoranza che "subisce" la volontà della minoranza e per tale ragione deve essere tutelata da parte dell'A.G.), interpreta l'art. 173 l.f. cercando di tutelare i creditori dissenzienti, i quali - concretamente - corrono il rischio di vedere "annegato" il loro dissenso nel voto della maggioranza. È evidente, infatti, che, pur in presenza di atti oggettivamente fraudolenti - che possono trovare adeguata sanzione in sede penale, a seguito della trasmissione da parte del Tribunale, ai sensi dell'art. 236 l.f. -. proprio a seguito

⁴² Cfr., in tal senso, Cass., sez. I, 26 giugno 2014, in www.ilcaso.it.

⁴³ Cfr. [Cass., sez. I, 26 giugno 2014](#), cit., ove si evidenzia altresì come "*l'accertamento, ad opera del commissario giudiziale, di atti di occultamento o dissimulazione dell'attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più creditori, dell'esposizione di passività insussistenti o della commissione di altri atti di frode da parte del debitore, determina la revoca dell'ammissione al concordato, a norma dell'articolo 173 L.F., indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e quindi anche nell'ipotesi in cui i creditori medesimi siano stati resi edotti di quell'accertamento*".

dell'avvenuta approvazione della maggioranza dei creditori (i quali possono essere in alcuni i beneficiari di tali condotte, si pensi all'ipotesi di bancarotta preferenziale in favore di istituti di credito che saranno sicuramente favorevoli all'approvazione del concordato per non incorrere nelle revocatorie o in eventuali procedimenti penali ex art. 216 l.f.), non sarebbero idonei ad interrompere la procedura di concordato preventivo. In tale prospettiva interpretativa, la nuova e più rigorosa giurisprudenza della Corte di Cassazione non può che essere salutata con favore, limitando – di fatto – il beneficio del concordato preventivo solo a coloro che, in modo corretto e trasparente dichiarano e spiegano (esponendosi eventualmente ai rischi dell'azione penale) le condotte frodatorie che hanno commesso in passato.

4. L'elemento soggettivo che caratterizza le fattispecie di frode dell'art. 173 l.f..

Come si è evidenziato, le condotte di cui primo ed al secondo comma dell'art. 173 l.f. sono caratterizzate da un minimo comune denominatore, rappresentato dall'attitudine ad ingannare i creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, sottraendo informazioni necessarie per giungere ad un corretto giudizio sulla convenienza della proposta concordataria rispetto all'ipotesi fallimentare.

I commi 1 e 3 dell'articolo in esame avrebbero, quindi, secondo dottrina e giurisprudenza prevalenti, la funzione di tutelare l'interesse dei creditori ad una corretta informazione circa la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'imprenditore, in maniera tale da poter esprimere, in sede di votazione, un consenso informato e non viziato. L'elemento della frode, che collega tutti i comportamenti rilevanti ai fini della revoca, non sembra - pertanto - richiedere alcun "dolo specifico": così, infatti, si finirebbe per restituire alla norma un ruolo sanzionatorio che è stato superato in virtù dell'abolizione del requisito di meritevolezza.

Il dolo a cui fa riferimento l'art. 173 l.f. deve, quindi, ritenersi integrato nella mera consapevolezza dei comportamenti e della loro attitudine a trarre in inganno i creditori, indipendentemente dall'eventuale fine ingannevole preordinato a conseguire ingiusti vantaggi mediante la procedura concordataria.

Nell'ipotesi in cui venga omessa l'indicazione, tra le passività, di un debito certo, ma ritenuto inesistente, e

contestato dal debitore, parte della giurisprudenza ritiene che il tribunale dovrebbe procedere alla revoca del concordato, poiché non si sarebbe ritualmente formata la volontà del ceto creditorio ai fini della approvazione del concordato stesso.

Da parte della dottrina⁴⁴, tuttavia, si è evidenziato come alcune incertezze possono sussistere in relazione all'ipotesi di inclusione tra gli atti in frode di comportamenti quali il falso in bilancio, in virtù del fatto che il bilancio rappresenta il documento di sintesi che consente proprio di accertare la situazione economica dell'impresa.

In tale prospettiva, si è sottolineato⁴⁵ come l'utilizzo, al fine dell'ammissione alla procedura, di dati contabili alterati, integra proprio la condotta di cui all'art.173, comma 1, a meno che il debitore faccia piena *disclosure* sulle alterazioni, autodenunciandosi, con evidenti conseguenze di carattere penale.

⁴⁴ Cfr. ATTANASIO, *La revoca del concordato preventivo con cessione dei beni in presenza di atti di frode ai creditori*, in *Dir. Fall.*, 2013, 6, 589 e ss..

⁴⁵ Cfr., sul punto, ATTANASIO, *op. cit.*, 589 e ss..