

**PER UN'INTERPRETAZIONE "EVOLUTIVA" DELLA FATTISPECIE
"ALTRI ATTI DI FRODE" DI CUI ALL'ART. 173, 1° C., L. FALL.**

STEFANO AMBROSINI

Fra gli aspetti più controversi della nuova disciplina del concordato preventivo vi è quello della corretta interpretazione del concetto di "altri atti di frode" alla luce della mutata sistemica ordinamentale. In proposito la giurisprudenza di merito appare alquanto divisa, al punto che giuristi ed operatori attendono quasi messianicamente un intervento chiarificatore da parte della Corte di Cassazione (che parrebbe in effetti non molto di là da venire).

Prima di tentare di enucleare il significato da attribuire alla previsione di cui trattasi, conviene appurare in quale momento della procedura possa aver luogo l'accertamento dell'avvenuta commissione di atti di frode.

L'art. 173 è inserito nel capo III del titolo III della legge fallimentare, rubricato "Dei provvedimenti immediati", il quale segue quelli sull'ammissione al concordato e sugli effetti di essa. Il primo comma esordisce con "Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ...". Orbene, entrambi questi elementi – la *sedes materiae* della norma e la sua formulazione letterale –, unitamente alla riformulazione dell'art. 160, depongono nel senso che la possibilità di ravvisare la presenza di atti di frode presupponga – né per vero potrebbe essere altrimenti – un'attività d'indagine da parte del commissario. Il che significa che tale circostanza è ostativa alla *prosecuzione* della procedura concordataria, non già all'ammissione alla stessa, con la conseguenza che al tribunale non pare consentito respingere *in limine* la domanda su tali basi.

Chiarito quindi che l'insussistenza di atti di frode non costituisce condizione di ammissibilità per l'accesso al concordato, si deve ora affrontare il punto nodale della questione, vale a dire il rapporto fra la previsione in esame e l'intervenuta espunzione, ad opera della novella del 2005, del requisito della meritevolezza.

Com'è noto, a contendersi il campo sono due tesi di segno esattamente opposto; e ciò vale per la dottrina non meno che per la giurisprudenza. È sintomatico infatti che, nell'ambito di uno stesso volume (cui anche chi scrive ha collaborato), i due coautori che hanno affrontato il problema siano attestati su posizioni diametrali: da un lato, si afferma che “non si può ritenere che l'incensuratezza non sia più una condizione di ammissibilità e che, invece, la scoperta di atti di frode sia causa di revoca dell'apertura del concordato”, ragione per cui le condotte di frode sono rilevanti solo qualora siano “dolosamente realizzate dall'imprenditore prima del deposito del ricorso, al fine precipuo di sottrarre parte dell'attivo alla procedura”¹; dall'altro, si osserva che “la permanenza della necessità che nel procedimento di concordato sia assicurata la tutela degli interessi pubblici coinvolti nella crisi del debitore” porta a “configurare, anche nel nuovo sistema, un principio di meritevolezza, sia pure in una forma decisamente attenuata”².

I termini del dibattito sono riprodotti in modo pressoché speculare nelle sentenze di merito rese in argomento. Lo stesso Tribunale di Roma ad esempio, dopo aver stabilito che “per atti di frode 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 soddisfacimento”³, ha più di recente sancito il principio secondo il quale “la fattispecie degli atti di frode prevista dall'art. 173, primo comma l.f., non coincide né con gli atti di natura civilistica, quali i contratti in frode alla legge, con causa o motivo illecito, simulati ovvero soggetti a revocatoria, né con quelli che lo siano dal punto di vista penalistico, bensì con gli atti di frode che abbiano una 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”⁴.

Di fronte ad un ventaglio di opinioni così ampio e variegato non bisogna perdere di vista l'interrogativo di fondo, che partendo dall'art. 173 irradia l'intera nuova disciplina: è ancora sostenibile, al cospetto di coordinate normative così sensibilmente mutate, che il concordato preventivo continui a rappresentare, sostanzialmente, un *beneficio* riservato

¹ DEMARCHI, *I provvedimenti immediati*, in AMBROSINI-DEMARCHI-VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, 135.

² VITIELLO, *L'omologazione del concordato*, in AMBROSINI-DEMARCHI-VITIELLO, *op. cit.*, 184.

³ Trib. Roma, 20 aprile 2010, in www.ilcaso.it

⁴ Trib. Roma, 21 settembre 2010, in *Redazione Giuffrè* 2010

all'imprenditore onesto ma sfortunato? Personalmente, ritengo che la risposta debba essere negativa e che rispetto ad un approccio che enfatizza il dato del persistente carattere imperativo dell'art. 173 (quale precetto di ordine pubblico economico, alla luce degli interessi oggetto di protezione) debbano far premio altre e diverse considerazioni.

Ed invero, se può risultare in buona misura ozioso ragionare, sul piano puramente teorico (talora, oltretutto, in chiave aprioristica), del "gradiente" di privatizzazione e degiurisdizionalizzazione che connota la nuova disciplina, ineludibile appare nondimeno l'esigenza, nell'attività ermeneutica, di garantire, per quanto possibile, un apprezzabile grado di coerenza interna e di sistematicità all'ordinamento concorsuale riformato e, ad un tempo, un'opportuna valorizzazione degli obiettivi perseguiti dal legislatore.

Da questo punto di vista, dal combinato disposto degli artt. 160 e 180 emerge plasticamente la volontà di espungere dal contesto normativo il requisito della meritevolezza, sicché destano fondate perplessità quelle letture – pur improntate al commendevole fine di preservare un certo livello di eticità nella conduzione degli affari – dirette a far rientrare (almeno in parte) dalla finestra ciò che si è inteso, in modo inequivoco, espellere dalla porta.

A ciò si aggiunga che il baricentro degli interessi tutelati dall'odierna disciplina, per diffuso convincimento, è oggi spostato verso la formazione consapevole e genuina del consenso dei creditori sul contenuto della proposta di concordato.

Più in generale, è innegabile il *favor* per la soluzione concordataria che si ricava dal complesso della nuova disciplina, la quale mira, secondo un'ottica verosimilmente non lontana dalle reali intenzioni del legislatore, a rendere il fallimento un istituto ad applicazione residuale (in quanto reputato meno efficiente), destinato a trovar spazio solo se ed in quanto emerga in modo conclamato l'impossibilità per il debitore di trovare un accordo (in sede giudiziale o stragiudiziale) con i propri creditori.

Questi ed altri possibili rilievi convincono, a mio avviso, della preferibilità di un'interpretazione "evolutiva" della fattispecie "altri atti di frode", che tenda ad armonizzare il disposto dell'art. 173, 1° c., con le altre previsioni in tema di concordato, ad iniziare da quelle in cui è "scolpito" il ripudio del requisito della meritevolezza e da quelle che valorizzano il ruolo decisionale del ceto creditorio a fronte di un'oggettiva minor "invasività", rispetto al passato, del controllo giudiziale, che pure resta – manco a dirlo – ad indefettibile presidio del regolare svolgimento della procedura.

Ciò comporta, anzitutto, la necessità di rifiutare letture estensive della locuzione in parola, come quella poc'anzi ricordata (“tutti gli atti diretti a causare o aggravare il dissesto, ossia atti che comportino accrescimento del passivo o diminuzione dell'attivo”), e di preferire invece l'opzione interpretativa che circoscrive l'operatività della norma a quegli “atti di frode che abbiano una 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”⁵. E questo sulla scorta del presupposto che i soggetti che il primo comma dell'art. 173, 1° c. (riletto all'interno – ed alla luce – della nuova cornice normativa) intende tutelare non sono, genericamente, tutti coloro che nel tempo sono stati creditori dell'imprenditore in concordato, ma solo quanti oggi sono chiamati ad esprimere il voto sulla proposta da questi avanzata.

L'assunto pare in linea con le riflessioni della più recente dottrina, la quale, relativamente ai pregressi comportamenti del debitore, osserva che “la loro rilevanza è comunque legata alla condizione della correlazione tra la condotta fraudolenta e la domanda di concordato, nel senso che non qualsiasi fatto fraudolento o astrattamente idoneo a determinare un pregiudizio per i creditori dell'impresa può contare ai fini dell'interruzione della procedura, soprattutto se verificatosi ben prima della proposta di concordato, ma possono contare solo quelle condotte che siano specificamente finalizzate a trarre in inganno il ceto creditorio in vista dell'adunanza di cui all'art. 174 l. fall., influenzandone la manifestazione di voto”⁶.

Ne consegue, in termini di corollari applicativi, che non risulta sussumibile nella categoria “altri atti di frode”, ad esempio, la condotta, pur penalmente rilevante, dell'imprenditore che si sia astenuto dal richiedere tempestivamente la dichiarazione di fallimento aggravando così il proprio dissesto, stante il difetto dell'intento frodatorio (non a caso si tratta di una fattispecie di bancarotta semplice, non fraudolenta). Allo stesso modo, eventuali false comunicazioni sociali contenute in pregressi bilanci possono di regola considerarsi “sanate”, ai fini che ci occupano, dalla rappresentazione veritiera e corretta che dei medesimi fatti venga fornita nell'aggiornata relazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa ex art. 161.

⁵ Trib. Bari, 7 aprile 2010, in *Fallimento* 2010, 999 (s.m.)

⁶ CENSONI, *Il concordato preventivo: organi, effetti, procedimento*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da Jorio e Fabiani, Bologna, 2010, 1010. Nel medesimo senso, *ex aliis*, ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 229 ss.; DIDONE, *Note minime sull'art. 173 l. fall.*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2035 ss., nonché, sostanzialmente, FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, 3, Torino, 2009, 1698 ss.

Analogamente è a dirsi, anche se per la diversa ragione della mancanza di lesività della condotta, nel caso dell'imprenditore che per effetto di una frode acquisisca un'utilità economica che i creditori ritrovano poi nella massa attiva (la consapevole vendita di una partita di merce avariata o di un prodotto difettoso, il commercio di opere d'arte contraffatte, ecc.): qui – com'è stato giustamente osservato – “è evidente la sussistenza della frode (ai danni del terzo), ma non vi è alcun pregiudizio per i creditori, dato che vi è un incremento della massa attiva”⁷.

Di contro, costituiscono atti di frode, nell'accezione testé prospettata, l'esposizione di attività inesistenti, o la descrizione di beni diversi da come in realtà sono (tipicamente, un immobile gravato da ipoteche che viene presentato come libero da vincoli, un bene considerato in proprietà quando invece è in leasing, ecc.), in quanto atti idonei a carpire maliziosamente il consenso dei creditori al concordato.

Resta da affrontare (*in cauda venenum...*) lo spinoso tema della possibile ostatività alla prosecuzione del concordato di atti non solo oggettivamente caratterizzati da forte disvalore, ma anche forieri di pregiudizio per la massa attiva. La casistica, com'è noto, non manca di offrire spunti al riguardo: si va dalla distrazione di beni dell'impresa, al compimento di pagamenti preferenziali, allo sconto delle stesse fatture presso diversi istituti di credito (condotte che fra l'altro integrano, rispettivamente, gli estremi della bancarotta distrattiva, di quella preferenziale e del ricorso abusivo al credito). Orbene, la commissione di atti del genere comporta sempre e comunque la revoca dall'ammissione al concordato?

A mio modo di vedere, la risposta, lungi dall'essere perentoriamente positiva (come a tutta prima potrebbe pensarsi), deve tenere conto di una distinzione fondamentale, vale a dire del fatto che il debitore abbia o meno taciuto tali circostanze in sede di presentazione del ricorso. Se è vero infatti che il concetto di frode non può prescindere dalla volontà di ingannare i creditori, può ancora parlarsi di intento frodatario in presenza di una *disclosure* del debitore che, appunto, alzi il velo posto fino a quel momento sui propri censurabili comportamenti? Credo che quanto si è qui cercato di dimostrare circa il nuovo assetto della disciplina del concordato e delle finalità ad essa sottese possa orientare l'interprete in senso negativo: condotte siffatte sembrano non già scrutinabili attraverso un giudizio “morale” del tribunale, bensì demandate alla valutazione “economica” del ceto creditorio, senza peraltro che si possa escludere *a priori* che la maggioranza dei creditori finisca per optare, specie nei casi più eclatanti, per un atteggiamento

⁷ DEMARCHI, *op. cit.*, 136.

schiettamente sanzionatorio, di là dall'ipotetica maggiore convenienza della soluzione concordataria.

D'altronde, un indice testuale in tal senso è offerto dal tenore dello stesso art. 173, 1° c.: nel richiedere che il commissario *accerti (scilicet scopra)* che il debitore ha *occultato o dissimulato* parte dell'attivo, *dolosamente omesso* di denunciare uno o più crediti, ecc., la norma risulta invero imperniata sul concetto di occultamento⁸, che è per l'appunto l'esatto contrario di quell'attività di *rivelazione* che si sta prendendo in esame.

Non a caso, la più recente dottrina, opportunamente sensibile all'esigenza di interpretare la norma alla luce del mutato contesto in cui oggi essa è collocata, osserva incisivamente, con riguardo al disposto dell'art. 173, 1° c., che “in tanto i comportamenti in questione possono portare alla revoca dell'ammissione se anteriori alla stessa in quanto siano stati taciuti dal debitore e quindi potenzialmente fonte di inganno, dal momento che, diversamente, il giudizio sulla loro rilevanza ostativa all'ammissione si tradurrebbe, nella sostanza, in un giudizio di non meritevolezza che è stato invece espunto dall'ordinamento”⁹.

Né infine mi pare idonea a convincere del contrario l'obiezione che, in tal modo, anche soggetti rei confessi di bancarotta fraudolenta, per assurdo, potrebbero ottenere l'accesso al concordato e la sua successiva omologazione: la disciplina del concordato preventivo, nel suo complesso considerata, appare ormai scevra da vocazioni sanzionatorie, che restano affidate al rimedio elettivo della norma penale, la cui operatività – com'è noto – prescinde dalla dichiarazione di fallimento, trovando applicazione gli artt. 223 e 224 anche all'ipotesi di concordato in virtù di quanto stabilito dall'art. 236 (mentre l'ulteriore possibile rilievo in base al quale quest'ultima previsione viene, di fatto, disapplicata da numerose procure della repubblica sconta evidentemente, sul piano dei corretti criteri ermeneutici, l'insufficienza dell'*argumentum ab inconvenienti*).

⁸ Cfr. ZANICHELLI, *op. cit.*, 231.

⁹ ZANICHELLI, *op. cit.*, 230-231.