

**IL SINDACATO SULLA FATTIBILITÀ DEL PIANO CONCORDATARIO
E LA NOZIONE “EVOLUTIVA” DEGLI ATTI DI FRODE
NELLA SENTENZA 15 GIUGNO 2011 DELLA CASSAZIONE**

STEFANO AMBROSINI

La pronuncia della Cassazione del 15 giugno scorso costituisce, con tutta probabilità, la più importante fra quelle aventi ad oggetto la nuova disciplina del concordato preventivo. In essa sono infatti sanciti tre principi cardine ai fini della corretta esegesi della norma sulla revoca dell'ammissione al concordato, alla luce dei quali non è difficile scorgere la profonda sintonia fra i giudici di legittimità e quella parte della dottrina (per lo più, ma non solo, di matrice accademica)¹ che si è mostrata incline a valorizzare lo “spirito” della riforma e a trarre dall'impianto sistematico che ne è scaturito i relativi corollari, con particolare riguardo alla delimitazione dei poteri “interdittivi” del tribunale.

Detta sintonia emerge fin dalla critica, da cui muove il ragionamento del Supremo Collegio, alla corte territoriale (la Corte d'Appello di Cagliari)

¹ Cfr., fra gli altri e con diverse sfumature, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, 321, il quale afferma che con la riforma “è definitivamente emersa la *priorità dell'interesse dei creditori* e, in quanto ad esso collegato, di quello alla conservazione dei complessi produttivi” (corsivo aggiunto); CALANDRA BUONAURA, voce “Concordato preventivo”, in *Enc. dir. Annali*, II, 2, Milano, 2008, *passim*; PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, *passim*; 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, *passim*; PERRINO, *Commento sub art. 173*, in *Comm. Lo Cascio*, Milano, 2008, 1531 ss.; BOZZA, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173, ult. parte, della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2007, 689 ss.; GRIFFEY, *La disciplina del concordato preventivo e le soluzioni della giurisprudenza*, in AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008, 519 ss.; DEMARCHI, *Il concordato preventivo alla luce del decreto “correttivo”*, *ivi*, 489 ss.; ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, *passim*, cui sia consentito aggiungere AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Trattato Cottino*, IX, I, Padova, 2008, *passim*. Muovendo anch'egli dalla presa d'atto del mutato assetto ordinamentale, ma in chiave fortemente critica, LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, 95, osserva che, “all'insegna di una rapida sistemazione delle crisi imprenditoriali, dalla quale dovrebbe scaturire illusoriamente una maggiore competitività nel mercato produttivo, sono stati cancellati valori morali e comportamenti correttamente assunti nell'esercizio della progressiva attività d'impresa”.

là dove quest'ultima osserva che le disposizioni in materia di concordato preventivo "lasciano intendere come sia demandato all'autorità giudiziaria un generale potere di controllo, non solo formale, ma anche sostanziale, sulla fattibilità del concordato". Tale assunto è considerato dalla Cassazione alla stregua di una "dichiarazione di principio che non trova riscontro nella nuova legge fallimentare, che ha ridisegnato i ruoli degli organi preposti alle procedure concorsuali attribuendo al giudice il controllo della regolarità formale e sostanziale del procedimento finalizzato, per quanto qui interessa, a consentire ai creditori di prendere le loro decisioni con la responsabilità che deriva dall'essere i primi interessati al buon esito della procedura".

Come si vede chiaramente, fin dal suo esordio la pronuncia di cui trattasi non fa mistero del concetto-chiave che in essa trova espressione: la necessità che siano in linea di massima i creditori e non il tribunale, prima del giudizio di omologazione, a valutare il contenuto del piano e la sua fattibilità.

Venendo ad esaminare nel dettaglio la decisione, il primo principio che si può enucleare si riferisce alla non vincolatività della percentuale di verosimile soddisfacimento dei creditori quando essa sia indicata nella domanda di concordato. Afferma in proposito la Suprema Corte: "Nessuna specifica disposizione prevede espressamente l'onere di indicare la percentuale di soddisfacimento che, in esito alla liquidazione, i creditori otterranno ma si può convenire con l'opinione secondo la quale tale indicazione, come quella relativa ai presumibili tempi della liquidazione, siano necessarie al fine della determinatezza e piena intellegibilità della proposta di concordato. Ciò non significa, tuttavia, che in difetto di esplicita assunzione di un'obbligazione in tal senso, detta percentuale costituisca oggetto dell'obbligazione che il proponente si assume in quanto ciò equivarrebbe a ritenere sempre necessario che il concordato assuma quantomeno la forma del concordato misto nel quale la cessione dei beni è accompagnata dall'impegno a garantire ai creditori una percentuale minima di soddisfacimento. In realtà, oggetto dell'obbligazione può ben essere, e tale è in difetto di diversa ed inequivoca assunzione di responsabilità, unicamente l'impegno a mettere a disposizione dei creditori i beni dell'imprenditore liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione o ne alterino apprezzabilmente il valore, assumendo l'indicazione della percentuale unicamente una funzione chiarificatrice del presumibile risultato del completamento del piano di concordato. In altri termini, il proponente, ovviamente sulla base di dati concretamente apprezzabili, indica ai creditori la prospettiva che ritiene plausibile e questi, approvando la proposta,

condividono la valutazione e quindi accettano il rischio di un diverso esito della liquidazione comparandone la complessiva convenienza con riferimento alle alternative praticabili”.

Tale condivisibile principio comporta altresì, ad avviso di chi scrive, l’inapplicabilità dell’art. 186 alle ipotesi di scostamento, ancorché sensibile, fra la percentuale menzionata nel ricorso e quella risultante a seguito dell’attività liquidatoria svolta in sede di esecuzione del concordato²; e ciò indipendentemente dalla possibilità di predicare, nel nostro ordinamento, la configurabilità di una risoluzione disancorata dal presupposto – indefettibile sul piano dei principi generali – dell’inadempimento colpevole (artt. 1218 e 1453 c.c.).

La seconda affermazione della Suprema Corte pare avere, sul piano operativo, una portata ancor più dirompente. In base ad essa, infatti, al tribunale è preclusa la possibilità di sindacare la fattibilità del piano non solo in sede di ammissione alla procedura³, ma anche in occasione del sub-procedimento di cui all’art. 173. “E’ vero che – afferma la Cassazione – a differenza di quanto avviene in occasione dell’esame di ammissibilità della proposta, il tribunale avrebbe il conforto dell’apporto conoscitivo e valutativo del commissario giudiziale, ma questo in realtà non è destinato al giudice ma alla platea dei creditori che possono così comparare la proposta e le valutazioni dell’esperto attestatore con la relazione redatta da un organo

² Per una diversa impostazione v., nella più recente giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 21 gennaio 2010, massimata come segue in *Redazione Giuffrè* 2010 (e pubblicata anche in *Fallimento*, 2010, 1315 ss., con nota contraria di LA CROCE): “Nel nuovo contesto normativo, la proposta di concordato preventivo che preveda genericamente la cessione di tutte le attività ai creditori deve essere sempre accompagnata sia dall’indicazione della percentuale di pagamento che, attraverso di essa, s’intende offrire ai creditori, sia dall’indicazione del termine massimo per l’effettuazione dei pagamenti; in altri termini, quando i beni sono ceduti in funzione della loro liquidazione ad opera del liquidatore giudiziale, l’oggetto dell’offerta è comunque la prestazione monetaria, sia pur modificata rispetto a quella originariamente dedotta nell’ambito del rapporto contrattuale, ed essa, ai fini del rispetto del regole generali in materia di contratto ed in particolare di quelle attinenti all’oggetto del contratto ed alla formazione del consenso delle parti, deve essere specificamente determinata sia sotto il profilo del quantum sia sotto quello temporale (fermo rimanendo che solo una variazione di rilevante entità, tale da integrare l’inadempimento di non scarsa importanza, può in fase esecutiva dar luogo alla risoluzione del concordato)”.

³ Così già Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fallimento*, 2011, con note di FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, e di BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, cui adde, da ultimo, Cass. 14 febbraio 2011, n. 3586, a quanto consta ancora inedita. In dottrina, fra i contributi più recenti in argomento, v. JORIO, *Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario sistematico diretto da Jorio e Fabiani, Bologna, 2010, 963 ss., e PATTI, *Il sindacato del tribunale nella fase di ammissione al concordato preventivo*, in *La crisi d’impresa*, a cura di Di Marzio, Padova, 2010, 332 ss.

investito di una pubblica funzione; resta sempre, infatti, insuperabile il rilievo secondo cui il tribunale è privo del potere di valutare d'ufficio il merito della proposta, in quanto tale potere appartiene solo ai creditori così che solo in caso di dissidio tra i medesimi in ordine alla fattibilità, denunciabile attraverso l'opposizione all'omologazione, il tribunale, preposto per sua natura alla soluzione dei conflitti, può intervenire risolvendo il contrasto con una valutazione di merito in esito ad un giudizio, quale è quello di omologazione, in cui le parti contrapposte possono esercitare appieno il loro diritto di difesa del tutto inattuabile, invece e almeno per quanto concerne i creditori, nella fase in esame”.

L'impostazione del problema nei termini anzidetti sembra cogliere nel segno, soprattutto là dove mette in rilievo il fatto che i destinatari elettivi della relazione commissariale sono i creditori, i quali anche sulla scorta di essa esprimono il loro voto favorevole o contrario. Senza dire che le valutazioni del commissario giudiziale rappresentano pur sempre – né del resto potrebbe essere altrimenti – delle previsioni, di per sé inidonee a fondare *sic et simpliciter* un provvedimento di revoca *ex art.* 173.

Naturalmente qui occorre distinguere a seconda delle caratteristiche del caso concreto. E' chiaro infatti che, se in base alle indagini e alle verifiche compiute dal commissario giudiziale (e dai consulenti della procedura) emerge *per tabulas* l'impossibilità (prospettica, ma connotata da un elevato livello di certezza) di riconoscere alcunché, nella successiva fase di esecuzione del concordato, ai creditori chirografari, allora il provvedimento di revoca può risultare non solo giustificato, ma addirittura doveroso. Ogniqualevolta invece, come per lo più accade, ci si trovi al cospetto di mere discrasie valutative fra le prospettazioni del debitore e quelle del commissario giudiziale, tali da far ritenere possibile – o probabile – una percentuale di soddisfacimento dei creditori inferiore a quanto preventivato nel ricorso, non sembra lecito addivenire per ciò solo alla revoca dell'ammissione al concordato, giacché così si impedisce di decidere precisamente a quei soggetti che sono titolari del relativo potere, cioè i creditori⁴. E questo indipendentemente dal fatto che il debitore proceda, con una modifica (o precisazione) della domanda, ad un “allineamento” delle

⁴ Nel senso che l'attuabilità del piano a condizioni diverse (secondo il commissario giudiziale) da quelle prospettate dal debitore non giustifichi di per sé la revoca dell'ammissione alla procedura si erano già correttamente pronunciati, in dottrina, FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento*, in FAUCEGLIA - PANZANI (a cura di), *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, III, Milano, 2009, 1696 ss.; GRIFFEY, *op. cit.*, 527 ss.; DEMARCHI, *op. cit.*, 510 ss., nonché, in giurisprudenza, App. Torino, 11 giugno 2007, in *Fallimento*, 2007, 1238; App. Milano, 4 ottobre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, 317; Trib. Venezia, 30 ottobre 2008, in *Fallimento*, 2009, 742.

proprie previsioni a quelle commissariali (senza peraltro che ciò postuli la presentazione di un nuovo ricorso, previa rinuncia al precedente, e l'allegazione di una nuova relazione dell'esperto), dal momento che i creditori, all'atto del voto, hanno ben presente entrambi gli scenari e sono quindi in grado di valutare la maggiore verosimiglianza dell'uno o dell'altro.

Dal ragionamento dei giudici di legittimità emerge dunque plasticamente la presa d'atto – foriera di rilevanti implicazioni sotto il profilo sistematico non meno che dal punto di vista pratico – che nella riforma il baricentro non è più rappresentato dall'eterotutela dei creditori assicurata dallo scrutinio giudiziale circa la fattibilità del piano, bensì dalla loro autotutela attraverso la formazione di un convincimento per quanto possibile genuino e consapevole.

Il momento elettivo, seppur meramente eventuale, in cui il Tribunale è chiamato a sindacare la fattibilità del piano concordatario (di là dai casi eclatanti poc'anzi prospettati) è quello del giudizio di omologazione, se ed in quanto – appunto – uno o più creditori abbiano proposto opposizione deducendo che il piano non è, a loro modo di vedere, fattibile, neppure nei termini – normalmente deteriori – delineati nella relazione del commissario (posto che l'espressione del consenso informato ha avuto luogo nonostante le evidenziate criticità). E' questa, in effetti, la situazione nella quale il legislatore ritiene (giustamente) che le valutazioni del tribunale debbano prevalere sul consenso della maggioranza dei creditori, sicché risulta logico, sul piano della coerenza complessiva del sistema, che ciò tendenzialmente non possa avvenire *in itinere*; se non – si ribadisce – nei casi in cui l'impossibilità di riconoscere alcunché ai creditori chirografari, lungi dal derivare semplicemente dalle più severe valutazioni, pur sempre a loro volta prognostiche e quindi probabilistiche, del commissario giudiziale, risulti oggettivamente conclamata⁵, giacché in tal caso la prosecuzione del concordato contrasterebbe, a tacer d'altro, con il principio di economia processuale.

Il differimento dello scrutinio circa la fattibilità del piano al giudizio

⁵ Come potrebbe avvenire, ad esempio, nel caso in cui, dichiarato il fallimento – ancorché, in ipotesi, erroneamente –, il tenore delle proposte di acquisto dell'azienda o di singoli beni, pervenute al curatore e recanti determinati valori, o il ricavato della vendita all'asta (se già avvenuta), non consentano (più) di “sostenere” il piano concordatario (a meno che, naturalmente, il debitore non ottenga da chi aveva proposto l'acquisto subordinatamente all'omologazione del concordato la conferma dell'offerta ai valori originari nonostante l'intervenuto fallimento). Ovvero quando si sia reso necessario procedere *ante tempus* (cioè prima dell'omologazione) alla vendita dell'azienda ad un prezzo incompatibile con quanto previsto nel piano, sebbene ciò, per intuibili ragioni, non accada di frequente, occorrendo pur sempre un atto d'impulso del debitore (che tuttavia si rivelerebbe, dal punto di vista del buon esito del concordato, “autolesionista”).

di omologazione (in presenza di opposizioni che sollevino tale profilo) pone poi l'ulteriore delicata questione – non affrontata nella sentenza in quanto estranea al *thema decidendum* – dei poteri del tribunale in questa fase⁶; questione cui merita qui accennare, pur molto brevemente.

La pretesa non fattibilità del piano discende, di regola, a) dalle diverse impostazioni e valutazioni effettuate dall'opponente rispetto a quelle svolte dal debitore nella domanda (e in ipotesi dal commissario nella relazione *ex art. 172*); b) da fatti sopravvenuti o comunque da elementi emersi successivamente alla votazione.

Al cospetto di tali situazioni, il dubbio che viene in rilievo – e che lo scrivente si limita a prospettare – è se il tribunale possa rigettare *tout court* la richiesta di omologazione, o se, alla luce del valorizzato ruolo decisionale dei creditori, debba invece disporre una nuova valutazione affinché costoro si pronuncino sul mutato scenario (sempre che, naturalmente, non risulti con certezza l'impossibilità di riconoscere alcunché ai creditori chirografari).

Ed ancora: la Cassazione sembra consentire un sindacato siffatto solo nell'ipotesi in cui vengano presentate opposizioni che lo sollecitino⁷, laddove il caso del parere negativo *ex art. 180* parrebbe non rientrare nell'ambito delle situazioni che detto sindacato giustificano. Se così è, e nell'eventualità in cui il parere del commissario giudiziale si fondi su circostanze sopravvenute (o emerse dopo la votazione) tali da modificare significativamente le prospettive di soddisfacimento dei creditori, vi è da domandarsi se esistano alternative alla ripetizione delle operazioni di voto⁸, la quale, nell'ottica di preservare il potere decisionale in capo ai creditori, potrebbe in effetti apparire come la soluzione più coerente rispetto all'impostazione adottata dalla Suprema Corte, dal momento che in casi siffatti manca l'evidenza empirica che i creditori avrebbero bocciato una proposta recante condizioni deteriori rispetto a quelle originariamente ipotizzate.

Ed infine: le conclusioni cui pervengono i giudici di legittimità paiono escludere l'applicabilità dell'ultimo comma dell'art. 173 al giudizio di omologazione, non foss'altro per l'impossibilità di ricondurre la questione

⁶ Sul tema v. in luogo di altri, anche per gli opportuni riferimenti, FERRO, *Il concordato preventivo, l'omologazione e le fasi successive*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario sistematico diretto da Jorio e Fabiani, cit., 1029 ss.

⁷ Sia consentito menzionare, fra i primi contributi orientati in tal senso all'indomani del c.d. decreto correttivo, AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 126.

⁸ In tal senso v., fra gli altri, BOSTICCO, *La "resurrezione giurisprudenziale" dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, in *Fallimento*, 2007, 1446; PERRINO, *op. cit.*, 1534.

della fattibilità nel novero delle condizioni di ammissibilità del concordato (a prescindere dall'ipotetica prevalenza della norma "speciale" dell'art. 180 su quella "generale" dell'art. 173). Con il che la Cassazione sembra ripudiare l'idea che il sistema delineato dalla riforma porti a "riconoscere una forte valenza alle valutazioni del commissario giudiziale anche nell'ambito del giudizio di omologazione", sul presupposto – discusso ed invero discutibile ove riferito all'elemento della fattibilità – che l'art. 173 sia "destinato ad espandere naturalmente la propria efficacia anche in quella sede"⁹.

D'altronde, neppure la tesi basata sulla "meccanica" trasposizione alla materia concordataria dei requisiti dell'oggetto del contratto – e strumentale a predicare il controllo officioso similmente a quanto avviene in tema di accertamento delle cause di nullità – appare pienamente convincente, soprattutto ove si consideri che l'equiparazione del concetto di "fattibilità" del piano a quello di "possibilità" dell'oggetto negoziale non risulta immune da qualche oggettiva forzatura, alla luce della stessa interpretazione che dell'art. 1346 c.c. offrono, in campi diversi da quello che ci occupa, dottrina e giurisprudenza.

Il terzo principio sancito dalla sentenza in esame attiene alla nozione di "altri atti in frode" di cui al 1° comma dell'art. 173.

Chi scrive ha di recente affrontato, in un breve contributo¹⁰, la tematica di cui trattasi, sostenendo l'opportunità di predicare una lettura "evolutiva" della norma (espressione, questa, ripresa dalla Cassazione) e proponendo le seguenti soluzioni interpretative: (i) il tribunale non può, salvo casi-limite, dichiarare inammissibile la domanda sulla scorta del supposto compimento di atti di frode; (ii) l'avvenuta soppressione del requisito della meritevolezza induce a preferire una nozione restrittiva degli "altri atti di frode" di cui all'art. 173; (iii) la *disclosure* effettuata dallo stesso debitore circa le proprie condotte pregresse fa venir meno il presupposto applicativo della norma, a meno che queste risultino latamente "funzionali" all'ammissione al concordato (di cui in quel caso andrebbe stigmatizzato l'abuso); (iv) lo strumento cui è affidata la repressione di condotte

⁹ Così JORIO, *op. cit.*, 995. Su posizioni analoghe si colloca FERRO, *op. cit.*, 1044 ss.. Nel senso del testo v. invece, correttamente, FABIANI, *op. cit.*, 180, il quale osserva che, ove si ritenesse che la sopravvenienza di fattori ostativi alla fattibilità del piano si risolvesse in una causa di revoca, "si falserebbe il piano fra il requisito di ammissione (l'esame dell'adeguatezza della relazione) e il sopraggiunto verificarsi di una causa di inammissibilità (la valutazione della non fattibilità). Ciò che non era requisito di ammissibilità non può trasformarsi in causa di improcedibilità".

¹⁰ AMBROSINI, *Per un'interpretazione "evolutiva" della fattispecie "altri atti di frode" di cui all'art. 173, comma 1, l. fall.*, in *www.ilcaso.it*, II, 244/2011 (pubblicato nell'aprile del 2011).

penalmente rilevanti va individuato non già nell'art. 173, bensì nell'art. 236.

Sulla stessa “lunghezza d’onda”, altri in dottrina avevano osservato 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”¹¹.

Nella pronuncia in esame è agevolmente riscontrabile l’influsso dell’impostazione dottrinale in parola, di cui vi è chiara eco nelle argomentate e condivisibili considerazioni della Corte in appresso riportate.

“La prima osservazione che deve essere fatta in base alla formulazione della norma è che l’atto di frode, per avere rilievo ai fini della revoca dell’ammissione, deve essere ‘accertato’ dal commissario giudiziale e quindi dallo stesso ‘scoperto’ essendo prima ignorato dagli organi della procedura o dai creditori, non potendosi certo attribuire al termine “accerta” il significato di “trova la conferma di quanto già enunciato nella domanda” in ordine a determinati eventi. D’altra parte, la circostanza che l’evento ‘accertato’ per essere tale dovesse essere prima ignoto è logicamente desumibile dalla considerazione che se la norma si volesse riferire alla segnalazione di eventi già noti al momento dell’ammissione alla procedura la segnalazione degli stessi da parte del commissario costituirebbe una sollecitazione al tribunale a riprendere in considerazione e a diversamente valutare fatti già ritenuti non ostativi all’ammissione e quindi, in sostanza, l’esercizio di un potere di sollecitazione di una pronuncia giurisdizionale modificativa di una precedente che costituirebbe una straordinaria deviazione dalle funzioni proprie dell’organo che sono unicamente consultive. [...] Ma vi è di più. Il legislatore enuncia espressamente alcuni dei possibili comportamenti rilevanti (occultamento o dissimulazione di parte dell’attivo, dolosa omissione dell’esistenza di crediti, esposizione di passività inesistenti) e con una evidente disposizione di chiusura integra tale elencazione, indicativa e non tassativa, con il richiamo ad “altri atti di frode”. Non pare contestabile, stante l’utilizzo dell’aggettivo “altri”, che abbia inteso creare un collegamento con la precedente elencazione nel senso che i comportamenti espressamente indicati sono atti di frode e che nella stessa categoria rientrano quegli altri comportamenti che hanno le stesse caratteristiche distintive. E

¹¹CENSONI, *Il concordato preventivo: organi, effetto, procedimento*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da Jorio e Fabiani, Bologna, 2010, 1010.

allora non può non rilevarsi che gli atti elencati non sono accomunati, ad esempio, dall'attitudine a creare un danno al patrimonio, posto che tale attitudine non ha l'esposizione di passività inesistenti, mentre invece un minimo comune denominatore è dato dalla loro attitudine ad ingannare i creditori sulla 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. In altri termini, si tratta di comportamenti volti a pregiudicare la possibilità che i creditori possano compiere le valutazioni di competenza avendo presente l'effettiva consistenza e la reale situazione giuridica degli elementi attivi e passivi del patrimonio dell'impresa. Ma se tale è la connotazione unificante degli atti espressamente individuati dal legislatore come fraudolenti la stessa connotazione debbono avere gli altri indefiniti comportamenti dell'imprenditore per poter essere qualificati atti di frode. [...]”.

“Se questa è l'interpretazione che si ricava dalla lettera della legge, allo stesso risultato interpretativo deve giungersi – prosegue la sentenza – in base a considerazioni di carattere sistematico. Si è già osservato come al tribunale non competa nella fase preparatoria della votazione sulla proposta da parte dei creditori alcuna valutazione in ordine alla fattibilità della stessa. [...] Compete invece al giudice, oltre al controllo della regolarità del procedimento, di garantire che ai creditori vengano forniti tutti gli elementi necessari per una corretta valutazione della proposta e che questa venga effettuata con modalità tali da rispecchiare l'effettiva volontà dei creditori.[...]”.

“Se tale è dunque il ruolo del tribunale nella fase prodromica al voto dei creditori e prescindendo da ogni considerazione in ordine al rilievo e alla natura delle altre condotte illegittime individuate nell'ultimo comma dell'art. 173 che nella fattispecie non assumono rilevanza in quanto collocate nel corso di procedura pare evidente che in tanto i comportamenti del debitore anteriori alla presentazione della domanda di concordato possono essere valutati ai fini della revoca dell'ammissione al concordato in quanto abbiano una valenza decettiva ed quindi siano tali da pregiudicare un consenso informato, ipotesi questa che deve escludersi in relazione a condotte, come quella in esame, chiaramente individuate e rese note agli interessati al concordato. Deve aggiungersi, per completezza, che l'acclarato ruolo di garanzia comporta la possibilità di intervento anche dopo la manifestazione di voto in quanto la scoperta degli atti di frode impone l'interruzione di un procedimento in cui il momento essenziale del giudizio dei creditori sulla proposta è viziato dall'accertata falsa rappresentazione della realtà sul quale

il giudizio stesso è fondato”.

La Corte conclude quindi 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 attribuendo alla disposizione in esame una connotazione di incomprensibile ed incongruo fossile normativo del tutto incompatibile con la nuova disciplina in quanto reintrodurrebbe, in sostanza, il requisito, apertamente ripudiato dal legislatore, della meritevolezza da valutarsi da parte del tribunale”.

Nè vale, a giudizio della Corte, l’obbiezione secondo la quale così argomentando si legittimano manovre in danno dei creditori volte ad alterare la consistenza patrimoniale prima della proposta di concordato, giacché “l’argomento coglie un aspetto di possibile criticità della disciplina ma non sposta i termini del problema e la sua soluzione anche se merita una puntualizzazione. L’esclusione di una qualsiasi rilevanza della meritevolezza del debitore per l’accesso alla soluzione concordataria e quindi per l’esclusione della soggezione al fallimento è un chiaro indice che per quanto concerne la sfera dei rapporti patrimoniali il legislatore ha fatto una scelta assolutamente netta che è quella di far prevalere l’interesse dei creditori alla soluzione della crisi dell’impresa per loro più conveniente in una certa situazione data, indipendentemente, salvo i limiti indicati, dal grado di eccentricità della condotta del debitore dal modello di correttezza imprenditoriale: non rileva attraverso quali operazioni l’impresa si trovi in una certa situazione patrimoniale ma ciò che conta è il giudizio che i creditori danno del loro interesse a fronte di una situazione di fatto e della valutazione di convenienza che gli stessi compiono della soluzione proposta rispetto all’alternativa fallimentare con ciò che questa comporta in relazione alla possibilità di revoca (nella specie pacificamente insussistente) o di annullamento degli atti in ipotesi maggiormente dannosi.

Questo non significa che determinate condotte non trovino una sanzione. A parte infatti la possibilità che siano gli stessi creditori a rigettare la proposta facendo prevalere il giudizio negativo sul comportamento del debitore rispetto a valutazioni di carattere puramente economico, se determinate condotte costituiscono reato possono e debbono essere perseguite nella sede appropriata (art. 236 l. fall.) ma tale piano deve essere tenuto distinto da quello concorsuale dove il giudizio sulla meritevolezza può essere un elemento di valutazione da parte dei creditori ma non un criterio per l’ammissione o l’omologazione del concordato.

C’è tuttavia un limite implicito – ribadisce la Corte – che è quello, più

volte e anche di recente, richiamato dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. I, sent. n. 3274/10 ed altre ivi citate), dell'abuso del diritto che nella specie si declina nell'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, 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. E' indubbio che in presenza di una tale condotta (del cui accertamento, nella fattispecie, non vi è sicura traccia) il concordato non sia ammissibile in quanto rappresenterebbe il risultato utile della preordinata attività contraria al richiamato principio immanente nell'ordinamento".

Così riportate *verbatim*, data la loro pregnanza, le argomentazioni sviluppate nella sentenza e volendo tentare, a questo punto, di svolgere qualche considerazione conclusiva, seppur in sede di primissimo commento, deve mettersi in luce la "filosofia" di fondo cui pare ispirarsi la decisione del Supremo Collegio. Attraverso i principi in essa sanciti, infatti, è possibile cogliere, a oltre sei anni dall'entrata in vigore della novella, i tratti fisionomici essenziali di quest'ultima, a cominciare dall'indiscutibile *favor* verso l'opzione concordataria, peraltro coerente con il tentativo del legislatore di fare del fallimento la soluzione residuale per quelle imprese che siano ancora in grado di prospettare un certo livello di soddisfacimento ai creditori chirografari.

Come la Cassazione ha puntualmente chiarito, una lettura della nuova disciplina aderente alla lettera e alla *ratio* delle disposizioni in esame passa necessariamente, nelle situazioni non connotate da flagranti patologie, per un contenimento dei poteri di intervento del tribunale, che consenta ai creditori di poter davvero decidere sulla preferibilità o meno del concordato rispetto al fallimento. E ciò sembra possibile solo sottraendo allo scrutinio giudiziale la valutazione circa la fattibilità del piano sia in fase di ammissione, sia (tendenzialmente e con le precisazioni di cui sopra) prima che la votazione abbia luogo; ma anche aderendo ad una nozione opportunamente "evolutiva" del concetto di atti di frode, che risulti sintonica con l'avvenuta espunzione dal nostro ordinamento del requisito della meritevolezza, nonché valorizzando l'obiettivo di preferire alle conseguenze afflittive per il debitore l'autotutela informata dei creditori.

Gli importanti risultati cui la Corte è pervenuta nell'esercizio della propria funzione nomofilattica racchiudono principi da cui né la dottrina, né la giurisprudenza di merito, pur nel legittimo confronto dialettico, potranno evidentemente prescindere.

