

# **“LA FRODE NEL CONCORDATO PREVENTIVO”**

di Riccardo De Giorgio 115373

## **INDICE**

<b>INTRODUZIONE.....</b>	<b>4</b>
<b>CAPITOLO PRIMO - IL CONCORDATO PREVENTIVO.....</b>	<b>7</b>
1.1 Cenni storici.....	7
1.2 Caratteri generale e presupposti.....	10
1.3 L’ammissione al concordato preventivo.....	14
1.4 Lo svolgimento della procedura.....	21
1.5 Esecuzione, risoluzione ed annullamento.....	25
1.6 Le novità del D.L. 27 giugno 2015 n. 83.....	27
<b>CAPITOLO SECONDO – PROFILI FISCALI DEL CONCORDATO PREVENTIVO.....</b>	<b>31</b>
2.1 Connessioni tra diritto tributario e procedure concorsuali.....	31
2.2 Il principio dell’obbligatorietà e il credito d’imposta... .....	35

2.3	Il reddito d'impresa nella disciplina del concordato preventivo.....	38
2.4	Pendenza del concordato preventivo: l'esecuzione fiscale.....	41
2.5	L'istituto della transazione fiscale.....	42

**CAPITOLO TERZO – GLI ATTI DI FRODE NEL CONCORDATO PREVENTIVO..... 60**

3.1	Il concetto di “frode”.....	60
3.2	La rilevanza degli atti di frode.....	62
3.2.1	L'art. 173 l. fall. identificato come “valvola di sicurezza” del concordato preventivo.....	62
3.2.2	L'interpretazione della natura “frodatoria”: le soluzioni della dottrina e della giurisprudenza.....	68
3.2.3	Le decisioni della giurisprudenza di legittimità.....	78
3.2.4	L'elemento soggettivo.....	84
3.3	La “ <i>confessio</i> ” salvifica riguardante gli atti in frode ai creditori.....	86
3.3.1	L'area del dibattito.....	86
3.3.2	Il confuso contraddittorio dottrinale e giurisprudenziale di merito: gli atti in frode ai creditori.....	89

3.3.3 La critica alla tesi della “ <i>confessio</i> ” salvifica.....	94
---	----

**CAPITOLO QUARTO - LA RESPONSABILITA' NEL  
CONCORDATO PREVENTIVO..... 105**

4.1 Il concetto di “responsabilità” .....	105
4.2 La responsabilità degli amministratori di una società.....	108
4.2.1 Il ruolo della società.....	108
4.2.2 Il ruolo dei creditori sociali. La legittimazione dei creditori sociali o del liquidatore giudiziale?.....	112
4.3 La responsabilità del professionista attestatore.....	116
4.3.1 La responsabilità penale ai sensi dell’art. 236- <i>bis</i> 1. fall.....	116
4.3.2 La responsabilità civile.....	124
4.4 La responsabilità della Banca per concessione di credito abusiva.....	128
4.5 La responsabilità del commissario e del liquidatore giudiziale.....	139
4.5.1 La responsabilità nell’ambito delle legge fallimentare.....	139

4.5.2 La responsabilità fiscale..... 142

**BIBLIOGRAFIA..... 145**

## INTRODUZIONE

La presente tesi di laurea da me sviluppata ed elaborata si propone di esaminare due argomenti alquanto articolati e complessi come “la procedura fallimentare di concordato preventivo” e “l’aspetto della frode”.

L’analisi da me compiuta prende in considerazione questi due argomenti conglobandoli unitariamente sulla base di una esposizione analitica che porta ad intitolare lo stesso elaborato come “La frode nel concordato preventivo”.

La tesi è suddivisa in quattro capitoli ed ogni capitolo è costituito da un numero di paragrafi e sotto-paragrafi che la compongono.

Il primo capitolo illustra in maniera sintetica e precisa l’istituto del concordato preventivo, partendo da un *excursus* storico che analizza la nascita dello stesso e affronta gli aspetti relativi alla procedura in sé, in particolare i caratteri generali e gli stessi presupposti di applicazione, l’ammissione alla procedura, lo svolgimento della stessa e l’esecuzione, risoluzione ed annullamento del concordato. L’ultimo paragrafo invece affronta le ultime novità emanate nell’agosto 2015 con la conversione in legge del Decreto Legge del 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale (L. 6 agosto 2015, n. 132, pubblicata su Gazzetta Ufficiale, n. 192, del 20 agosto 2015). Le stesse hanno un’importanza considerevole relativamente alla disciplina del concordato, per questa ragione ho ritenuto necessario dedicare un intero paragrafo al suddetto argomento.

Il secondo capitolo affronta un tema che ho sentito fortemente poiché, il mio percorso di studi accademici, è stato caratterizzato dallo studio della

materia tributaria e proprio per questo ho voluto dedicare un capitolo intero agli aspetti di natura fiscale.

Ho iniziato la trattazione affrontando il tema delle connessioni tra il diritto tributario e il diritto fallimentare, ed ho concluso con un paragrafo che illustra in maniera specifica ed esaustiva tutti i pericoli e le problematiche di un istituto alquanto delicato nell'ambito della materia tributaria, come l'istituto della "transazione fiscale".

"Gli atti di frode nel concordato preventivo" è il titolo del terzo capitolo grazie al quale ci addentriamo specificatamente nell'argomento oggetto del mio elaborato e abbiamo un primo approccio allo studio dell'elemento frodatario correlato al concordato preventivo. Esso si caratterizza per un primo capitolo che spiega il concetto di frode, assumendo un ruolo di apripista rispetto al tema in esame. Nel secondo paragrafo, intitolato "la rilevanza degli atti di frode", ho esposto le questioni interpretative dottrinali oggetto di dibattito tra i vari giuristi, in particolar modo la funzione dell'art. 173 della legge fallimentare inteso come "valvola di sicurezza", le soluzioni dottrinali attinenti le questioni prospettate, le interpretazioni della giurisprudenza di legittimità e, infine, la spiegazione riguardante l'elemento soggettivo intrinseco nell'ambito delle potenziali condotte di natura frodataria. Nell'ultimo paragrafo ho ritenuto opportuno affrontare un tema correlato all'argomento della tesi e dello stesso terzo capitolo, precisamente la tesi della "*confessio salvifica*", illustrando la sua portata e concludendo con le varie critiche mosse nei confronti della stessa.

L'ultimo argomento da me analizzato è stato quello riguardante la responsabilità nel concordato preventivo, con un'analisi circa le singole responsabilità a cui gli organi e i soggetti interessati vanno incontro. Sono sempre partito da una spiegazione del concetto di responsabilità

che ha assunto una funzione di premessa rispetto al tema affrontato e proprio per questo ho ritenuto opportuno analizzare la responsabilità degli amministratori della società, soffermandomi sul ruolo assunto dalla stessa in merito all'argomento e sul ruolo dei creditori sociali. Una questione intrinseca affrontata riguarda il riconoscimento della legittimazione, se la stessa è riconosciuta nei confronti del liquidatore giudiziale o nei confronti dei creditori sociali. Successivamente ho compiuto una esplicazione circa il ruolo del professionista attestatore sulla base dell'analisi della responsabilità penale ai sensi dell'art. 236-*bis* della legge fallimentare e concludendo con l'analisi della responsabilità civile a cui va incontro lo stesso, mentre nel quarto paragrafo mi sono concentrato su una particolare figura di responsabilità e cioè quella della banca per abusiva concessione di credito. La parte conclusiva del capitolo affronta il tema della responsabilità in relazione alla figura del commissario giudiziale e del liquidatore giudiziale, esponendo inizialmente gli aspetti riguardanti la responsabilità civile e penale degli stessi e successivamente analizzando l'argomento della responsabilità di natura fiscale, già affrontato nel secondo capitolo.

Il desiderio di trattare il suddetto argomento è scaturito dall'interesse suscitato dalle tematiche del diritto fallimentare, inizialmente grazie allo studio delle procedure concorsuali avvenuto nel diritto commerciale e, successivamente, grazie al mio penultimo esame del percorso accademico e specificatamente il diritto delle crisi d'impresa. Tutto ciò ha portato alla elaborazione di una tesi di laurea dedicata alla disciplina fallimentare.

# CAPITOLO PRIMO – IL CONCORDATO PREVENTIVO

## 1.1 Cenni storici

Il concordato preventivo venne introdotto in Italia solo all'inizio del secolo ventesimo, ideato quale premio per il commerciante leale e non fortunato.

Il beneficio veniva concesso solo se:

- i. non si era stati soggetti a condanne penali;
- ii. se era rilevata la regolarità nella tenuta dei libri contabili;
- iii. e se, infine, l'operatore economico era considerato meritevole della procedura concorsuale.

Nei primi cinquanta anni l'istituto registrò una battuta di arresto<sup>1</sup>, a causa del diffondersi del convincimento che le procedure concorsuali, in genere, erano ormai destinate ad assolvere una semplice funzione residuale nella soluzione delle crisi delle imprese di dimensioni notevoli, le quali, fanno capo alle società.

Era inconcepibile l'idea che da un dissesto si potesse conseguire una somma tale da poter pagare i “creditori privilegiati” ed in percentuale di almeno il quaranta per cento (oggi si parla di una soglia minima vincolante del venti per cento nel caso di concordato liquidatorio) i “creditori chirografari”.

Solo verso la fine degli anni cinquanta la procedura è emersa quale soluzione concordataria soprattutto per le società. L'interesse per il concordato deriva non solo da uno spirito di particolare indulgenza nei

---

<sup>1</sup> Jaeger, “Crisi delle imprese e poteri del giudice”, in Giur. comm. 1978, pp.869 e ss.



confronti degli imprenditori insolventi<sup>2</sup>, ma anche si ricollega alla “crisi” del fallimento. Infatti le difficoltà e l’inattualità complessiva della procedura hanno determinato da un lato l’inapplicabilità alle imprese di grandi dimensioni e, dall’altro, conseguentemente, l’istituzione di interventi di salvataggio, quali ad esempio gli interventi della GEPI (Società per le Gestioni e Partecipazioni Industriali), ed il giudizio favorevole per gli istituti che mirano al risanamento delle imprese (come l’amministrazione controllata) o ne consentano in via di principio la continuazione, interventi tutti volti comunque ad evitare le conseguenze ingenti del fallimento. La continuazione dell’attività d’impresa, pertanto, è stata uno dei motivi dell’introduzione nel nostro ordinamento del concordato preventivo. Il favore per tale procedura non si è indebolito nemmeno con l’introduzione dei nuovi rimedi non giurisdizionali, destinati a fronteggiare la crisi dell’impresa.

La legge fallimentare presta grande attenzione agli imprenditori individuali e questo ha le sue radici nella tradizione<sup>3</sup> dato che storicamente il protagonista dell’attività economica era la persona fisica e quindi ad essa era rivolta tutta la normativa. Anche quando sorsero le società commerciali la disciplina delle procedure concorsuali non subì alcuna modifica importante, ed i soci continuarono ad essere considerati commercianti e quindi soggetti al fallimento. Successivamente, sulla base di diversi interventi normativi, anche le società commerciali vennero assoggettate al fallimento<sup>4</sup>. La disciplina delle procedure concorsuali, e quindi anche del concordato preventivo, istituito con la Legge del 24 luglio 1903, n.197, continuò ad essere dettata con specifico

---

<sup>2</sup> D’Espinosa, “Le incapacità personali del fallito”, in *Dir. fall.* I; p.133

<sup>3</sup> Lattes, “Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane”, Milano 1884; p.310

<sup>4</sup> Galgano, *Le società di persone*, in “Trattato di diritto civile e commerciale”, Milano 1972; p. 343

riferimento ai commercianti persone fisiche, cui vennero assimilate le società. Neanche la riforma del 1942 ha modificato la visuale della disciplina delle procedure concorsuali, le quali inizialmente venivano considerate come un beneficio da riconoscere all'imprenditore meritevole di non essere assoggettato alle pesanti conseguenze del fallimento ed alle durissime sanzioni comminate al fallito (arresto, scomunica, rottura del banco, guasto alla casa, tortura, condanna a morte) che gli attribuivano un carattere strettamente punitivo<sup>5</sup>.

Solo e soltanto col proseguo del tempo le procedure concorsuali minori vennero considerate anche sotto un diverso profilo, quale quello del rimedio apprestato dal legislatore per tutelare nel modo migliore possibile gli interessi dei creditori ed anche della pubblica economia<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Rocco, "Il fallimento, Teoria generale ed origine storica" Milano 1962, pp.196-197.

<sup>6</sup> D'Espinosa, "Le incapacità personali del fallito", in Dir. fall. 1967 I, 115, p.133.

## 1.2 Caratteri generali e presupposti

L'imprenditore commerciale che si trova in stato di difficoltà economica e che supera uno solo dei limiti dimensionali fissati dall'art.1, comma 2 della legge fallimentare<sup>7</sup> (d'ora in avanti l. fall.) può evitare la crisi che, presumibilmente, sfocerebbe in fallimento regolando i propri rapporti con i creditori mediante un concordato preventivo, la cui procedura è disciplinata dalla legge fallimentare (artt. 160-186-*bis*) e ripetutamente riformata in tempi recenti.

Rilevante, alla luce dell'analisi della suddetta procedura, è stato l'intervento avvenuto nell'anno 2005 relativamente al presupposto oggettivo del concordato preventivo, che non prevede più il solo stato d'insolvenza, bensì lo "stato di crisi" economica dell'imprenditore. Lo "stato di crisi" ricorre in presenza di una situazione di difficoltà temporanea e reversibile di adempiere regolarmente ai propri debiti, essendo configurabile come concetto più ampio rispetto a quello di "insolvenza".

Il concordato preventivo è una procedura concorsuale alla quale attualmente può esser riconosciuta una duplice finalità che la caratterizza: se la crisi è temporanea e reversibile, esso mira a superare questa situazione tramite il risanamento economico e finanziario

---

<sup>7</sup> "Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;

b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;

c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila" - Art. 1, comma 2, legge fallimentare

dell'impresa, mentre se la crisi è definitiva e irreversibile, può esser proposto prima che sia dichiarato il fallimento al fine di evitare lo stesso. È definito concordato giudiziale in quanto viene perfezionato nel quadro di una procedura che richiede la necessaria presenza di organi giurisdizionali sia prima che dopo l'approvazione dalla proposta da parte dei creditori ed anche un concordato di massa in quanto, dopo la sua approvazione, è produttivo di effetti per tutti i creditori anteriori, liberando definitivamente l'imprenditore per la parte eccedente la percentuale concordataria<sup>8</sup>.

Il concordato preventivo offre all'imprenditore insolvente l'ulteriore notevole vantaggio di evitare gravi conseguenze patrimoniali, personali e penali del fallimento. In particolare, l'imprenditore non subisce lo spossessamento e conserva l'amministrazione dei beni e la gestione dell'impresa (con particolari cautele). Dopo la riforma del 2005 il legislatore è intervenuto più volte sulla disciplina dell'istituto per favorirne l'utilizzo come strumento di risanamento dell'impresa attraverso una serie di misure.

Perciò, in definitiva, il concordato preventivo costituisce un beneficio riconosciuto all'imprenditore per aiutarlo nella composizione della crisi tramite una soluzione concordata con i creditori. La legge non fissa particolari condizioni soggettive di meritevolezza per l'ammissione alla procedura<sup>19</sup>, diversamente dal passato, e può presentare una proposta di

---

<sup>8</sup> Bonsignori, in "Legge Fallimentare", pp. 135 ss.; Lo Cascio, "Il concordato preventivo", pp. 127 ss.; Di Marzio, "Il diritto negoziale della crisi d'impresa", pp. 167 ss.; Si apre la disputa relativa alla natura contrattuale o pubblicistica dell'istituto

<sup>9</sup> In base alla vecchia disciplina poteva esser ammesso alla procedura di concordato preventivo solo l'imprenditore che: 1) dall'inizio dell'impresa o da almeno un biennio era iscritto nel registro delle imprese ed aveva tenuto una regolare contabilità, 2) nei cinque anni precedenti non era stato dichiarato fallito o ammesso ad altra procedura di concordato preventivo, 3) non era stato condannato per bancarotta o per delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio.

concordato qualsiasi imprenditore commerciale in stato di crisi economica che superi i limiti dimensionale fissati dall'art. 1, comma 2, l. fall..

Oggi, sulla base della legge del 6 agosto 2016 n. 132 di conversione del D.Lg. del 27 giugno 2015 n. 83, è richiesto, sulla base del comma 4 dell'art. 160 il pagamento di una soglia vincolante di soddisfazione del venti per cento in relazione all'ammontare dei crediti chirografari. Questa soglia legislativa vincolante deve esser rispettata da parte del debitore in relazione al concordato preventivo liquidatorio; non risulta applicabile per l'istituto *ex art. 186-bis* (concordato in continuità aziendale).

Non è necessario soddisfare per intero i creditori privilegiati, come è stato chiarito con le modifiche introdotte dal D. Lgs. 169/2007: il che era invece obbligatorio sotto il vigore dell'originaria disciplina del 1942. Tali creditori devono esser soddisfatti in misura non inferiore a quanto gli stessi potrebbero conseguire sul ricavato in caso di liquidazione alla luce della loro collocazione preferenziale (art. 160, comma 2). Il valore di mercato del bene o diritto sul quale sussiste la causa di prelazione deve esser stimati da un esperto, designato dal debitore fra gli iscritti nel registro dei revisori contabili appartenenti alle categorie professionali indicate dalla legge (avvocati, dottori commercialisti, ragionieri, ragionieri commercialisti, anche organizzati in forma di studi professionali o società) ed in possesso dei requisiti di indipendenza richiesti per l'attestazione del piano di risanamento<sup>10</sup>. È concessa la possibilità di prevedere una moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori privilegiati, salvo che

---

<sup>10</sup> La proposta può prevedere anche il pagamento falcidiato dei crediti tributari, nel rispetto dei limiti indicati nel testo qualora si tratti di crediti privilegiati

siano liquidati i beni o i diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, nei casi di proposta che contempra la prosecuzione dell'attività dell'impresa. Per il residuo credito non soddisfatto dalla liquidazione del bene sul quale insisteva il privilegio, i creditori privilegiati falcidiati concorrono assieme ai creditori chirografari alla luce del rispetto della soglia minima vincolante indicata nel comma 4 dell'art. 160 (anche se su questo tema si ravvisano diversi filoni interpretativi).

In merito al contenuto della proposta, il concordato può perseguire la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma; può consistere in una dilazione dei termini di pagamento, o nel soddisfacimento parziale dei creditori, o in entrambe le soluzioni; può disporre l'attribuzione ad un assuntore delle attività delle imprese interessate dalla proposta<sup>11</sup>; può infine suddividere i creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, con trattamenti differenziati per le varie classi, purché non si alteri l'ordine delle cause legittime di prelazione. Il pagamento dei debiti può avvenire anche tramite la cessione ai creditori di tutti i beni del proponente; oppure di quelli non più funzionali all'esercizio dell'impresa nel caso in cui la proposta contempra il mantenimento in attività del complesso aziendale.

---

<sup>11</sup> “[...] possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato” – art. 160, comma 1, lett. b).

### 1.3 L'ammissione al concordato preventivo

Il primo step che deve esser compiuto è la presentazione della domanda di ammissione del debitore, con ricorso al tribunale competente per la dichiarazione di fallimento con una successiva pubblicazione d'ufficio nel registro delle imprese entro il giorno successivo<sup>12</sup>.

La domanda può esser presentata già completa della proposta concordataria rivolta ai creditori, oppure con riserva e se la stessa risulti esser completa allora deve esser corredata da una serie di allegati: una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; uno stato analitico delle attività con i relativi valori; l'elenco dei creditori e titolari di diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; un piano contenente l'adempimento della proposta con indicazione delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta<sup>13</sup>.

I documenti precedentemente indicati devono esser seguiti da una relazione di un professionista indipendente, scelto dal debitore. Il professionista deve confermare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano ed è civilmente e penalmente responsabile in caso di falso od omissioni (art. 236-*bis* l. fall.).

Particolare è la proposta concordataria che preveda la continuazione dell'attività d'impresa durante la procedura concordataria (c.d. concordato con continuità aziendale). Se si persegue il risanamento dell'impresa in crisi e la prosecuzione dell'attività imprenditoriale è

---

<sup>12</sup> Nel frattempo la domanda di ammissione al concordato preventivo viene comunicata al pubblico ministero affinché valuti se presentare istanza di fallimento del debitore in caso di rigetto.

<sup>13</sup> Se la proposta di concordato è presentata da una società, l'elenco deve riguardare anche i beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili per valutare la convenienza o meno di far fallire la società e i soci.

indispensabile il mantenimento della continuità aziendale, però esiste il pericolo che le passività originate dalla prosecuzione dell'esercizio d'impresa assorbano gran parte delle risorse destinate al soddisfacimento dei creditori concordatari; per tale motivo, il piano concordatario che attesti una continuità aziendale deve indicare analiticamente i costi ed i ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività dell'impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura. Risulta esser importante la relazione del professionista, la quale attesta che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori (art. 186-bis). Nel caso in cui, durante la procedura l'attività cessa o risulta esser manifestamente dannosa, allora vi è una revoca dell'ammissione al concordato preventivo da parte del tribunale.

Il debitore può presentare una domanda di concordato preventivo incompleta, con riserva di presentare successivamente la proposta, il piano e altri allegati richiesti (art. 161, comma 6). Si potrà così preparare questa complessa documentazione al riparo dalle azioni esecutive individuali che scattano subito per i creditori, con la pubblicazione del ricorso per l'ammissione al concordato; insieme alla domanda dovranno esser depositati i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e l'elenco dei rispettivi creditori con i rispettivi crediti. Presentata una domanda incompleta, il giudice fissa un termine per la formulazione della proposta, compresa tra i sessanta e i centoventi giorni (prorogabili di ulteriori sessanta giorni)<sup>14</sup>, e stabilisce anche obblighi informativi periodici a carico del proponente che possono comportare

---

<sup>14</sup> “Fermo restando quanto disposto dall’articolo 22, primo comma, quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento il termine di cui al sesto comma del presente articolo è di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni” - Art. 161, comma 10



l'inammissibilità della domanda nell'eventualità in cui si verifichi una violazione degli stessi. Il termine precedentemente indicato risulta essere importante al fine di presentare, entro lo stesso, una proposta di concordato, oppure una richiesta di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti; se non è presentata né l'una, né l'altra, allora la domanda di ammissione di concordato viene rigettata. In questo caso può essere dichiarato il fallimento, se viene fatta richiesta da parte di un creditore o del pubblico ministero, nel rispetto dei presupposti relativi. Il debitore, infine, perde la possibilità di presentare una nuova domanda di concordato con riserva per un periodo di due anni se la fattispecie anzidetta si verifichi.

Ricevuta la domanda completa, il tribunale effettua un controllo preliminare diretto a verificare se ricorrono i presupposti di legge per l'ammissione alla procedura, la completezza e la regolarità della documentazione. È importante sottolineare come il tribunale non possa entrare nel merito della convenienza della proposta per i creditori e, allo stesso modo, si esclude una sua valutazione che riguardi la fattibilità economica della stessa<sup>15</sup>.

Il tribunale deve ordinare la comparazione del debitore in camera di consiglio per consentirgli l'esercizio del diritto di difesa, con la possibilità di assegnazione di un ulteriore termine per l'integrazione della proposta o dei documenti.

Se la proposta ha esito negativo, il tribunale dichiara inammissibile la proposta. Inoltre su richiesta del pubblico ministero o dei creditori,

---

<sup>15</sup> Corte di Cassazione, sezioni unite, 23 gennaio 2013, n. 1521; Corte di Cassazione, sezioni unite, 09 maggio 2013, n. 11014; Corte di Cassazione, sezioni unite, 27 maggio 2013, n. 13083.

accerta la sussistenza dei presupposti per dichiarare il fallimento del debitore<sup>16</sup>.

Se la proposta è ammissibile, il tribunale, con decreto non soggetto a gravame, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo e con lo stesso provvedimento vengono designati: il giudice delegato (per la direzione della procedura) ed un commissario giudiziale (per funzioni di vigilanza e controllo). Successivamente a tutte le varie indicazioni, il decreto di ammissione è pubblicato con le stesse modalità della dichiarazione di fallimento.

Il decreto di ammissione è revocabile da parte del tribunale, qualora il commissario giudiziale accerti che il debitore ha intenzionalmente rappresentato in modo infedele la propria situazione patrimoniale, oppure ha commesso altri atti di frode idonei a trarre in inganno i creditori e ad influenzarne il voto; ed inoltre quando durante la procedura il debitore compie atti non autorizzati o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato (art. 173 l. fall.) con esclusione di una possibile revoca sulla base della non fattibilità della proposta<sup>17</sup>. Nei casi di revoca, su proposta di un creditore o del pubblico ministero, il tribunale può pronunciare contestualmente il fallimento del debitore con sentenza, accertando l'esistenza dei necessari presupposti fra cui lo stato di insolvenza.

Il debitore, a differenza del fallimento, conserva l'amministrazione dei suoi beni e, se previsto, continua l'esercizio dell'impresa. Però subisce

---

<sup>16</sup> Corte di Cassazione, sezioni unite, 25 ottobre 2010, n. 21860, ha attestato che nel caso si disponga solo la mancata ammissione al concordato, il tribunale decide con decreto ed il provvedimento non è reclamabile, ma si ammette la proponibilità del ricorso straordinario per Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

<sup>17</sup> Corte di Cassazione Civile, 23 giugno 2011, n. 13817.

una limitazione del potere di gestione in quanto può compiere autonomamente solo gli atti di ordinaria amministrazione. Per gli atti di straordinaria amministrazione è necessaria un'autorizzazione che risulta esser rilasciata nella fase di apertura della procedura dal tribunale e dopo il decreto di ammissione dal giudice delegato. Devono in particolare esser autorizzati gli atti elencati dall'art. 167<sup>18</sup>. È possibile prevedere dal tribunale che l'autorizzazione non è necessaria per gli atti di valore inferiore ad un determinato importo.

Nei casi di concordato preventivo con continuità aziendale, il tribunale può autorizzare il debitore a pagare crediti per prestazione di beni e servizi anteriori alla presentazione della domanda, costituendo una vistosa deroga al principio della *par condicio creditorum*, in casi però che risultano esser consentiti dalla legge:

- i. si attesti che le tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività dell'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione degli altri creditori concordatari;
- ii. oppure che i pagamenti siano effettuati con nuove risorse finanziarie.

Sono inefficaci gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione e i pagamenti senza l'autorizzazione necessaria, esponendo l'imprenditore alla revoca dell'ammissione al concordato.

Di particolare interesse risulta essere la materia riguardante gli effetti dei creditori anteriori, infatti gli stessi non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari individuali sul patrimonio del debitore, a pena di nullità, fino a quando il decreto di omologazione diventa

---

<sup>18</sup> Corte di Cassazione, sezioni unite, 08 agosto 1997, n. 7390.

definitivo<sup>19</sup> e dalla data di pubblicazione nel registro delle imprese; solo sulla base di un'autorizzazione da parte del giudice delegato possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti<sup>20</sup>.

Per lo stesso periodo sono sospese le prescrizioni e non si verificano le decadenze; resta sospeso anche il corso degli interessi e si producono gli altri effetti per i creditori propri del fallimento<sup>21</sup>.

In materia di contratti pendenti, al momento della presentazione della domanda di concordato, le maggiori novità sono eminentemente rivolte a risolvere dubbi interpretativi sollevati in dottrina e in giurisprudenza con riguardo alla disciplina previgente (oltre a regolamentare specificamente i rapporti di leasing).

Il chiarimento di maggiore rilevanza sistematica e applicativa attiene al perimetro della fattispecie: il mutamento della rubrica dell'art. 169-*bis*, che conducono ad affermare senza tema di smentita che la norma va riferita esclusivamente ai contratti ineseguiti o non ancora compiutamente eseguiti da entrambe le parti e che conseguentemente non rientrano nel relativo ambito né i cc.dd. contratti unilaterali né quelli bilaterali a prestazioni corrispettive completamente effettuate *ex uno latere*. La novella ha poi specificato che:

- i. il tribunale deve sentire l'altro contraente (solo per lo scioglimento);

---

<sup>19</sup> Non è precluso l'esercizio delle azioni di accertamento e di condanna dato che nel concordato preventivo manca un vero e proprio accertamento del passivo.

<sup>20</sup> "I creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'articolo precedente. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato". – art. 168, comma 3.

<sup>21</sup> Corte Costituzionale, 31 dicembre 1986, n.300, per i crediti di lavoro.

- ii. scioglimento e sospensione hanno effetto dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo al contraente *in bonis*;
- iii. resta ferma la prededuzione dei crediti conseguenti ad eventuali prestazioni eseguite legalmente e conformemente agli accordi o agli usi negoziali dopo la pubblicazione della domanda di concordato.

In particolare il punto sub (ii) conferma che quello del debitore è un diritto relativamente potestativo e che quindi egli può ben decidere di non avvalersene pur avendo ottenuto il consenso giudiziale.

Opportunamente, data la rilevanza pratica dell'istituto, il legislatore ha poi introdotto, come ultimo comma dell'art. 169-*bis*, una disposizione *ad hoc* per l'ipotesi di scioglimento del contratto di locazione finanziaria: il concedente ha sempre diritto alla restituzione del bene; se vi è una differenza fra la maggior somma ricavata dalla vendita e il residuo credito in linea capitale, essa va versata al debitore; se invece il concedente vanta un credito in ragione della differenza fra residuo credito e ricavato dalla vendita, esso va soddisfatto come credito anteriore al concordato.

## 1.4 Lo svolgimento della procedura

Il procedimento per la concessione del concordato preventivo si articola in due fasi: l'approvazione della proposta da parte dei creditori e la successiva omologazione da parte del tribunale.

Il commissario giudiziale provvede perciò a convocare i creditori sulla base dell'elenco nominativo che è presentato dal debitore apportando le essenziali rettifiche di sua iniziativa. Grazie allo stesso avviso i creditori indicano, al commissario, un indirizzo di posta elettronica certificata dove ricevere le successive comunicazioni; nei casi in cui non vi sia un'indicazione dell'indirizzo di poste elettronica certificata allora le comunicazioni saranno eseguite nei loro confronti mediante deposito in cancelleria.

Durante queste attività il commissario redige l'inventario del patrimonio del debitore ed una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sul comportamento del debitore e sulla proposta del concordato. Tale relazione va depositata in cancelleria e comunicata in via telematica ai creditori almeno dieci giorni prima dell'adunanza dei creditori (art. 172). L'approvazione del concordato preventivo avviene in apposita adunanza dei creditori che risulta presieduta dal giudice delegato e con la partecipazione inoltre del commissario giudiziale che illustra ai creditori la proposta definitiva del debitore, la quale si ritiene non possa più esser modificata se superato il termine del quindicesimo giorno antecedente l'adunanza dei creditori<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Si ritiene che debba esser nuovamente presentata la proposta di asseverazione in caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano concordatario.

Possibili contestazioni sollevate dai creditori e dal debitore sono decise dal giudice delegato, senza che ciò precluda le pronunce definitive sulla sussistenza del credito. I creditori esclusi dalla votazione possono opporsi all'esclusione in sede di omologazione del concordato, nel caso in cui la loro ammissione avesse avuto influenza sulla determinazione delle maggioranze.

La disciplina riguardante l'esclusione dal voto è analoga a quella esposta per il concordato fallimentare, in relazione ai creditori privilegiati, al coniuge, parenti ed affini del debitore e sono inoltre esclusi anche i crediti derivanti da finanziamenti concessi in funzione della presentazione di concordato in quanto tali pretese sono considerate crediti della massa in caso di fallimento; il tutto potrebbe non interessare il creditore al buon esito del concordato.

Per l'approvazione del concordato preventivo è richiesta la maggioranza dei crediti e, nel caso di concordato con classi, anche la maggioranza delle classi.

I creditori che non hanno esercitato il loro voto possono far pervenire il loro dissenso per corrispondenza nei venti giorni successivi alla chiusura dell'adunanza. In tema di votazione da parte dei creditori assume rilievo l'abrogazione dell'istituto del silenzio-assenso, grazie alla legge 132/2015, la quale considera contraddittoria la soluzione di mantenere in vita questo istituto alla luce delle novità che sono state introdotte (ad esempio la possibilità di presentazione delle proposte concorrenti da parte dei creditori, rispettando determinati requisiti). Si tende a riconoscere la possibilità di mutare la propria opinione e far pervenire la propria adesione nel caso in cui qualcuno ha votato contro in adunanza,

nel rispetto degli stessi termini<sup>23</sup>. Nel caso di mutamento delle condizioni di fattibilità del piano, che sono rilevate dal commissario giudiziale, è possibile modificare il proprio voto in senso favorevole in uno in senso contrario: per modificare il voto favorevole, il creditore deve costituirsi nel giudizio di omologazione entro la data della relativa udienza.

Se la proposta è respinta, il tribunale dichiara d'ufficio inammissibile la proposta di concordato con decreto; inoltre, su istanza dei creditori o del pubblico ministero e previo accertamento dei relativi presupposti, dichiara il fallimento del debitore con sentenza separata. Nel caso di approvazione del concordato si apre, invece, il giudizio di omologazione.

Durante il giudizio di omologazione il tribunale svolge un controllo sulla regolarità della procedura e sul risultato della votazione, l'attuale disciplina non prevede più un controllo di merito sulla convenienza economica del concordato per i creditori, sulla sicurezza delle garanzie offerte o sulla sufficienza dei beni. Il vantaggio o meno della proposta concordataria resta rimessa alla sola valutazione dei creditori<sup>24</sup>, anche se fa tuttavia eccezione l'ipotesi che la convenienza del concordato sia contestata mediante un'opposizione. Il creditore appartenente ad una delle classi oppure i creditori dissenzienti che rappresentino almeno il venti per cento dei crediti ammessi al voto possono presentare opposizione: in questo caso il tribunale può però ugualmente omologare la proposta, ove ritenga che il credito non possa esser soddisfatto in misura non inferiore rispetto alle alternative praticabili.

---

<sup>23</sup> Corte di Cassazione, civile, sezione I, 19 ottobre 2011, n. 21659.

<sup>24</sup> Corte di Cassazione, civile, sezione I, 16 settembre 2011, n. 18987.



Nel caso di risultato positivo, allora il tribunale omologa con decreto il concordato<sup>25</sup>, in caso contrario lo respinge e dichiara contestualmente il fallimento con sentenza oppure lo stato di insolvenza per le imprese assoggettabili ad amministrazione straordinaria. Può esser presentato reclamo alla corte d'appello<sup>26</sup> contro il decreto che omologa il concordato respingendo le opposizioni o che nega l'omologazione e con lo stesso reclamo si può impugnare la sentenza che contestualmente dichiara il fallimento.

Si delinea una figura, quella dei "creditori concordatari", che viene nominata tale in relazione al rapporto di credito venutosi ad instaurare in un tempo antecedente alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di ammissione e restano impregiudicati i diritti dei creditori concordatari verso i coobbligati, i fideiussori e gli obbligati in via di regresso.

Se si delinea la figura della società con soci a responsabilità illimitata, il concordato ha efficacia anche per i soci (art. 184, comma 2), i quali restano liberati nei confronti dei creditori sociali per la parte eccedente la percentuale concordataria. Sorgono dubbi relativi all'applicazione di tale disposizione anche quando i soci abbiano prestato specifiche garanzie personali a favore della società, oppure se i soci restano ugualmente obbligati per l'intero.

Per i debiti contratti successivamente alla pubblicazione della domanda, l'imprenditore resta obbligato per l'intero.

---

<sup>25</sup> Il decreto è pubblicato nel registro delle imprese; il commissario giudiziale inoltre ne dà notizia ai creditori.

<sup>26</sup> Il decreto che concede l'omologa in assenza di opposizioni non è invece impugnabile, se non con il ricorso straordinario per cassazione in base all'articolo 111 Cost. (Corte di Cassazione, sezioni unite, 15 luglio 2011, n. 15699).

## 1.5 Esecuzione, risoluzione ed annullamento del concordato

L'esecuzione del concordato preventivo avviene sotto la sorveglianza del commissario giudiziale rispettando le modalità stabilite nel decreto di omologazione.

Nel qual caso il concordato si caratterizzi per la cessione dei beni ai creditori, il tribunale nomina uno o più liquidatori, ed un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione<sup>27</sup>, determinando inoltre le modalità della stessa<sup>28</sup> dato che il concordato con cessione comporta il conferimento ai creditori stessi di un mandato per liquidare i beni e a ripartirne il ricavo tra gli stessi<sup>29</sup> senza un trasferimento di diritto di proprietà sugli stessi beni oggetto di liquidazione.

L'azione di risoluzione può esser presentata, su istanza da parte dei creditori, nei casi di inadempimento relativo all'esecuzione del concordato, qualora si determini uno scostamento significativo rispetto alla prospettazione iniziale indicata nella proposta grazie all'applicazione del "criterio di proporzionalità" *ex art. 1455 c.c.*, tenendo cioè conto del valore che la parte dell'obbligazione inadempita ha rispetto al tutto.

L'annullamento del concordato preventivo avviene negli stessi casi previsti per il concordato fallimentare, alla luce di un ricorso presentato da ciascun creditore o del commissario giudiziale. Dovremmo ritenere che nei casi di annullamento o risoluzione il tribunale debba valutare se

---

<sup>27</sup> Al liquidatore ed al comitato dei creditori si applica la disciplina in tema di nomina, revoca e responsabilità del curatore e del comitato dei creditori nel fallimento.

<sup>28</sup> L'autorizzazione del comitato dei creditori è richiesta nel caso di compimento di alcuni atti di liquidazione particolarmente rilevanti.

sussistono i presupposti per la dichiarazione di fallimento, ovviamente in dipendenza di una istanza depositata da parte dei creditori o del pubblico ministero.

## 1.6 Le novità del D.L. 27 giugno 2015 n. 83

L'istituto del concordato preventivo è stato oggetto, nel corso del tempo, di intervento normativi che hanno caratterizzato la sua natura di procedura concorsuale "dinamica".

Tra le novità che vi sono state negli ultimi tempi, la più rilevante risulta esser quella dell'agosto 2015 con la conversione in legge del Decreto Legge del 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale (L. 6 agosto 2015, n. 132, pubblicata su Gazzetta Ufficiale, n. 192, del 20 agosto 2015).

Le norme della Legge fallimentare e del Codice di procedura civile toccate dall'intervento normativo sono numerose e ha come denominatore comune quello di ampliare maggiormente le procedure esecutive alla concorrenza di mercato (fallimento e concordato preventivo, in primis, ma anche le procedure esecutive individuali) e di rendere più agevole il ricorso a soluzioni della crisi d'impresa che non prevedano la liquidazione del patrimonio aziendale, bensì la continuazione dell'attività d'impresa (concordati e accordi di ristrutturazione con continuità aziendale).

Tra le novità di maggior rilievo si segnalano l'introduzione di una soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari nei concordati liquidatori (art. 160, comma 4) e la possibilità per i creditori di presentare presso il tribunale competente delle proposte ulteriori rispetto a quelle avanzate da parte del debitore, denominate "proposte concorrenti" (art. 163, comma 4 e ss.).

Partendo dall'analisi della prima novità, antecedentemente la proposta di concordato preventivo doveva prevedere il pagamento integrale dei creditori privilegiati ed il pagamento almeno del quaranta per cento in

relazione all'ammontare dei crediti chirografari. La novella legislativa del 2005 (Decreto Legge n. 35/2005, convertito in L. n. 80/2005) aveva rimosso questa previsione di una soglia minima legislativa vincolante ed aveva altresì previsto la possibilità di suddividere i creditori in classi secondo la situazione giuridica e gli interessi economici omogenei di cui erano portatori. L'applicazione pratica delle nuove norme aveva tuttavia visto un aumento di proposte di concordato liquidatorio in cui le percentuali offerte erano estremamente esigue e destinate a ridursi ulteriormente (se non addirittura ad azzerarsi) in sede di esecuzione della proposta. Il fenomeno ha avuto un'esplosione a seguito dell'introduzione del meccanismo del c.d. "silenzio-assenso", grazie all'entrata in vigore del D. L. n. 83/2012 (c.d. "Decreto Sviluppo"), di modo che i voti non espressi venivano considerati come favorevoli. Alla luce di questo meccanismo si sono venute a delineare un numero consistente di proposte approvate all'adunanza dei creditori che alla prova dei fatti erano inconsistenti e destinate al fallimento. Proprio sulla base di questa esperienza il legislatore è intervenuto prevedendo una soglia minima vincolante del venti per cento in caso di concordato preventivo liquidatorio e, allo stesso modo, ha abrogato l'istituto del c.d. "silenzio-assenso" ritornando alla precedente regola per cui la proposta è approvata solamente se ottiene il voto favorevole espresso dai creditori rappresentanti la maggioranza dei crediti ammessi e, in caso di loro suddivisione in classi, della maggioranza delle stesse.

La seconda novità è rappresentata dall'introduzione delle "proposte concorrenti", cioè la facoltà concessa nei confronti di una maggioranza qualificata di creditori (rappresentanti almeno il dieci per cento risultanti dalla situazione patrimoniale allegata al ricorso) di presentare una proposta ulteriore rispetto a quella del debitore, ovviamente una proposta

migliorativa, da porre in votazione durante l'adunanza dei creditori in concorrenza con quella del debitore. Una particolarità di rilievo è dovuta dal fatto dell'impossibilità di presentare le proposte da parte dei creditori nel qual caso il debitore assicuri il quaranta ed il trenta per cento di soddisfazione dei creditori in relazione all'ammontare dei crediti chirografari, rispettivamente nel concordato liquidatorio ed in quello con continuità aziendale.

Tale novità può esser analizzata in correlazione alla disciplina delle "offerte concorrenti" (art. 163-*bis*, comma 1, ovvero all'obbligo di attivare procedure competitive finalizzate alla ricerca ed alla selezione di potenziali acquirenti anche qualora la proposta di concordato contenga già un'offerta per l'acquisto dell'azienda o di altri beni specifici), mira a stimolare un mercato della crisi d'impresе all'interno della stessa procedura al fine di un miglior soddisfacimento dei creditori.

Come già precedentemente anticipato, la novella è intervenuta con una serie di interventi normativi tesi ad agevolare delle soluzioni di crisi d'impresa che prevedano una continuazione dell'attività d'impresa. Proprio seguendo questo indirizzo è stato possibile prevedere, in caso di concordato con continuità aziendale, la possibilità di fare ricorso alla c.d. "finanza interinale", prevedendo la possibilità di contrarre dei finanziamenti prededucibili durante la fase prenotativa (ovvero ancor prima di depositare il piano di concordato e la proposta definitiva) a seguito di un'autorizzazione da parte del tribunale. Il finanziamento è previsto in casi di necessità ed urgenza relative all'esercizio dell'attività, ivi compreso il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere alla data di deposito della domanda. Nello stesso solco si inserisce il nuovo art. 182 *septies* che introduce l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari (nuova figura di accordo di ristrutturazione dei

debiti ridisegnato *ad hoc* per le imprese che presentano un indebitamento nei confronti delle banche o di altri intermediari finanziari pari almeno al cinquanta per cento del complesso dei debiti) e la convenzione di moratoria, strumento, quest'ultimo, finalizzato a dilazionare il complessivo debito nei confronti del ceto bancario, anche quando vi si oppongano istituti creditori per non oltre il venticinque per cento. Con l'ultimo intervento legislativo il panorama di quelle che un tempo erano chiamate "procedure concorsuali minori" (rispetto al fallimento che era considerato la procedura principale) si è ulteriormente arricchito e ampliato, consentendo all'imprenditore in crisi di scegliere tra diverse soluzioni possibili, quella più idonea a rimuovere le cause del dissesto e a rilanciare l'attività aziendale.

## CAPITOLO SECONDO – PROFILI FISCALI DEL CONCORDATO PREVENTIVO

### 2.1 Conessioni tra diritto tributario e procedure concorsuali

In questo secondo capitolo analizziamo un tema caratterizzato più da ombre che da luci, quale appunto quello dell'applicazione del sistema normativo di matrice tributaria alla legge fallimentare<sup>30</sup>. Considerevoli sono stati i lavori da parte degli studiosi al fine di risolvere l'annosa questione, catalogandola come difficile alla luce delle diverse difficoltà: difficoltà di ordine generale, in relazione all'applicazione di leggi nuove, difficoltà attinenti alla specialità della materia e dall'assenza di un adeguato strumento o mezzo giuridico che possa assolvere il ruolo di coordinamento tra la disciplina tributaria e quella concorsuale.

Questa assenza di coordinamento legislativo è stata colmata parzialmente dall'intervento da parte del giudice delegato, anche se non sempre si è rilevato un ausilio idoneo ai fini del superamento delle difficoltà di natura interpretativa della normativa fiscale, infatti molte delle soluzioni adottate da parte dei giudici delegati non sono prese in considerazione tra le soluzioni interpretative facenti parte della giurisprudenza tributaria.

---

<sup>30</sup> A. Fantozzi, "Diritto tributario", Torino Utet giuridica 2012; Tesauro, "Codice commentato del processo tributario", Torino Utet giuridica 2011; G. Lo Cascio, "Disciplina Fiscale", in "Codice commentato del fallimento", Milano Ipsoa 2013, artt. 167, 180, 182-*bis*; A. Maffei Alberti "Commentario breve alla legge fallimentare", Padova 2013, precisamente, "appendice fiscale, Profili fiscali del concordato preventivo", p. 2015 ss.; Del Federico, "Le novità sui profili tributari del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione", in Fallimento 2013, p. 1195 ss.



Se inizialmente il riconoscimento di un potere, anche a livello costituzionale<sup>31</sup>, nei confronti del giudice delegato in merito alle controversie tributarie potesse risultare il modo migliore per ovviare a questo vuoto normativo in relazione all'applicazione della disciplina tributaria nell'ambito della legge fallimentare, successivamente si è determinata una disarmonia nel sistema in considerazione della non specializzazione nella composizione della commissione tributaria e che quindi comportava una competenza in un campo nel quale competenza effettiva non vi era.

Si pensava che a seguito della riforma del 1992, in materia tributaria, si potesse ovviare a questa carenza istituzionale (ragione dell'assenza di soluzioni dei temi di diritto sostanziale e processuale che caratterizzano la materia fiscale concorsuale), ma che in realtà non ha determinato questa soluzione auspicata. Molti hanno evidenziato come una differente giustizia tributaria avrebbe potuto permettere di contrastare taluni temi che a causa di contrasti interpretativi tra giudici perdurano ancora oggi e che rendono incerto il campo giuridico che stiamo analizzando<sup>32</sup>.

Continuando ad evidenziare queste carenze normative, oggetto di esposizione in questo paragrafo, non si comprende ad esempio quali siano i limiti precisi dell'esercizio d'impresa nei procedimenti concorsuali e le responsabilità fiscali riconosciute nei confronti dell'ufficio giudiziario incaricato alla gestione concorsuale. Rilevante è la necessità di un inquadramento giuridico della posizione assunta dal curatore e dagli organi delle diverse procedure; ad esempio se qualificarli alla stregua di sostituti dell'imprenditore, oppure organi di giustizia posti al di sopra degli interessi e dei diritti delle parti.

---

<sup>31</sup> Corte costituzionale, 27 dicembre 1974, n. 287

<sup>32</sup> Fantozzi, "Diritto tributario", p. 979.

Uno dei temi più importanti è certamente quello relativo alla durata di tutti i processi, anche di natura tributaria<sup>33</sup>, non ancora risolto anche se numerose sono state le riforme riguardanti i diversi settori del nostro ordinamento giuridico.

Bisogna partire dal principio dell'assoggettabilità a tassazione di qualsiasi produzione di ricchezza, partendo però dal modo in cui debba esser accertata ed assoggettata ad imposta e stabilire i diversi compiti e le diverse responsabilità delle persone; risulta necessario verificare preventivamente quale sia l'onere e il vantaggio reale che possono derivare da un'entrata tributaria in considerazione di rapporti fiscali inerenti a presupposti ed attività di natura giudiziaria.

Attualmente la situazione è molto simile a quella che si mostrava in passato, visto che perdurano una mancanza di coordinamento tra i vari giudici delle procedure concorsuali, le commissioni tributarie e l'amministrazione finanziaria. Il pregiudizio che continua a realizzarsi è considerevole non solo soffermandoci sugli interessi pubblici tutelati nel settore concorsuale, ma anche per lo Stato in virtù dell'assenza di entrate legittime ed utili allo stesso tempo.

Certamente la situazione è parzialmente migliore rispetto al passato, in considerazione del fatto che l'incertezza assoluta dei tempi passati è venuta meno; potremmo parlare oggi di una incertezza "relativa" che non comporta l'assenza di motivi di frizione come conseguenza della frammentarietà della disciplina concorsuale-tributaria (o fiscale). Neanche la riforma della legge fallimentare ha rivolto la propria attenzione alle tematiche rilevate e allo stesso tempo non sono state

---

<sup>33</sup> Glendi, "Aspetti applicativi delle modifiche apportate al processo tributario", Corr. Trib. 2006, pp. 419 ss..

apportate delle modifiche che avrebbero potuto riempire quei vuoti normativi più importanti<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> C. Zafarana, “Manuale tributario del fallimento e delle altre procedure concorsuali”, Milano Ipsoa 2010.

## 2.2 Il principio dell'obbligatorietà e il credito d'imposta

Essendo il principio dell'obbligatorietà il tema centrale oggetto di analisi di questo paragrafo, sembra opportuno e doveroso prendere in considerazione un articolo della nostra legge fallimentare, l'art. 184<sup>35</sup>. Ciò che deve esser oggetto di studio da parte della giurisprudenza sono gli effetti giuridici che derivano dall'applicazione della predetta norma che aveva affermato, in merito al principio dell'obbligatorietà del concordato, come esso operi per i creditori non ancora scaduti oppure per quelli condizionali, ma non per le obbligazioni per le quali si siano verificati i fatti che ne caratterizzano il presupposto d'imposta e che non siano divenuti esigibili alle rispettive scadenze in relazione al difetto d'accertamento e d'iscrizione dei ruoli. Soffermandoci maggiormente potremmo dire che indipendentemente dalla natura dichiarativa o costitutiva dell'accertamento d'imposta, non assume rilevanza alla luce della nascita del debito tributario l'applicazione della menzionata disposizione e la nozione di "creditore anteriore", perciò il legislatore aveva esteso gli effetti menzionati solo a quei creditori che potessero ugualmente dare adito alle proprie ragioni obbligatorie rese esigibili con l'apertura della procedura, ma non a quei creditori che possiamo definire eventuali, neppure a quei creditori che vantassero un diritto di credito ma che non sarebbero stati comunque legittimati ad esercitarlo<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> "Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'articolo 161. Tuttavia essi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso (1).

Salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.

(1) Comma così modificato dalla lettera g) del comma 1 dell'art. 33, D.L. 22 giugno 2012, n. 83. Vedi, anche, il comma 3 dello stesso articolo 33." - Art. 184 l. fall.

<sup>36</sup> Corte di Cassazione, 28 marzo 1973, n. 849.

Successivamente dottrina<sup>37</sup> e giurisprudenza<sup>38</sup> hanno dato rilievo al fatto che l'obbligazione tributaria nasce *ex lege* parallelamente con la nascita del presupposto dal quale si delineano le due situazioni di debito e credito, tipiche del rapporto obbligatorio, mentre l'attività di accertamento e di qualificazione del fatto imponibile successivo, effettuata da parte dell'amministrazione finanziaria, riguarda l'esercizio del credito così sorto, venendosi a determinare che la stessa è strumentale rispetto all'originaria obbligazione.

Partendo da quanto appena spiegato, possiamo escludere una diversa opinione che si era diffusa precedentemente, la quale prendeva in considerazione il fatto che il presupposto di fatto dell'imposta realizza la fattispecie, alla cui fattispecie risulti esser collegato il potere dell'amministrazione di emanare un atto giuridico costitutivo del tributo, delineandosi così una "doppia" obbligazione costituita dall'atto dichiarativo e dall'accertamento. Distanziandoci da questa impostazione della "doppia" obbligazione, siamo giunti a considerare come l'unica situazione imponibile può esser solamente quella riferibile al presupposto di fatto alla quale è riferibile una isolata obbligazione non scindibile.

Risulta opportuno specificare come il suddetto principio risulti assumere valenza anche in relazione alle sanzioni pecuniarie che conseguono alla violazione di norme di natura finanziaria, visto che si tratta di violazioni di norme antecedenti all'inizio della procedura concorsuale. Taluni potrebbero obiettare in relazione al momento nel quale l'accertamento è

---

<sup>37</sup> Acierno-Cinieri, "Aspetti fiscali della riforma fallimentare", Milano Ipsoa 2006; Zafarana, "Manuale tributario del fallimento e delle altre procedure concorsuali" p. 327 ss.; Stasi, "Osservazioni" in relazione a una sentenza della Corte di Cassazione 13 dicembre 2013, n. 27884.

<sup>38</sup> Corte di Cassazione 24 luglio 2012, n. 12972; Corte di Cassazione 12 marzo 1994 n. 2423; Corte di Cassazione a sezioni unite 6 settembre 1990, n. 9201; Corte di Cassazione 29 settembre 1987, n. 5441; Corte di Cassazione, sezioni unite, 28 maggio 1987 n. 4779.

avvenuto, ma in risposta a ciò possiamo dire che non ha rilevanza se l'accertamento è avvenuto successivamente.

In conclusione di questo tema possiamo precisare indicando che i crediti d'imposta del debitore ammesso al concordato preventivo sono obbligatoriamente considerati concorsuali, nel qual caso in cui il presupposto si sia realizzato prima del decreto di apertura della procedura. Diversamente da ciò, l'imprenditore si farà carico per l'intero<sup>39</sup> delle obbligazioni di natura tributaria sorte in un tempo posteriore rispetto al momento di emanazione del decreto anzidetto e, dunque, non possono esser soggette all'effetto remissorio.

---

<sup>39</sup> Alberti, "Commentario breve alla legge fallimentare", p. 1303.

## 2.3 Il reddito d'impresa nella disciplina del concordato preventivo

La disciplina di reddito d'impresa è stata oggetto in passato di forti dibattiti a livello interpretativo<sup>40</sup> che hanno portato, dato il numero di soluzioni adottate da parte dell'amministrazione finanziaria, ad un forte rallentamento in considerazione dei singoli procedimenti di concordato preventivo e in considerazione del difficoltoso soddisfacimento dei soggetti che vantano un diritto di credito.

Una deroga importante da cui dobbiamo partire per effettuare la nostra analisi è certamente quella relativa al periodo d'imposta che non risulta esser l'unico periodo durante la procedura di concordato preventivo, derogando al generale sistema di tassazione. L'imprenditore soggetto a concordato deve rispettare tutti quegli obblighi imposti nei termini di legge e seguendo le diverse modalità a cui è soggetta la generalità dei contribuenti; tuttavia è opportuno fare menzione di due deroghe introdotte relativamente alla realizzazione di plusvalenze e di minusvalenza nei particolari casi di atti con efficacia traslativa di beni e nelle circostanze di sopravvenienze attive come conseguenza della riduzione dei debiti.

In relazione alla disciplina generale del concordato preventivo, esso permette al debitore di adempiere parzialmente alle proprie obbligazioni, realizzandosi un azzeramento non totalitario delle passività, perciò attuando delle sopravvenienze attive ai sensi dell'art. 88 del TUIR (Testo Unico delle Imposte sui Redditi) che danno luogo generalmente ad una base imponibile. Risulta opportuno precisare, per comprendere meglio,

---

<sup>40</sup> Zafarana, "Manuale tributario del fallimento e delle altre procedure concorsuali", pp. 277 ss.

come in passato nel concordato preventivo veniva riconosciuta tale obbligazione di natura tributaria e che posteriormente, sulla base del quarto comma della disposizione precedentemente indicata, è stato indicato che la riduzione dei debiti dell'impresa in pendenza di una procedura di concordato preventivo non si considera sopravvenienza attiva.

È opportuno indicare come l'art. 1, comma 1 del D. Lgs. 12 dicembre 2003 n. 344, che ha sostituito il comma quinto dell'art. 86 del TU (Testo Unico) 917/1986, non qualifica la cessione di beni effettuata nei confronti dei creditori in sede di concordato preventivo come realizzazione di plusvalenze e minusvalenze degli stessi beni, prendendo in considerazione anche quelle relative alle rimanenze ed al valore di avviamento; nel 2004 la dottrina ha avuto l'opportunità di chiarire che l'agevolazione di natura tributaria suesposta non risulti applicabile soltanto alla cessione di beni disposta a favore dei creditori, ma anche a tutti quei trasferimenti di beni ceduti a favore di terzi e che la diminuzione dei debiti d'impresa non avrebbero costituito componenti reddituali imponibili ai fini dell'imposizione diretta<sup>41</sup>.

Le agevolazioni tributarie che sono state indicate trovano ancora oggi applicazione anche alla luce dell'intervento da parte del legislatore nel campo della legge fallimentare grazie alle diverse riforme introdotte, anche se certamente delle modifiche risultano esser operative come quelle produttive di effetti giuridici grazie al D.L. 83/20132 e alla legge di conversione 134/2012, che ha modificato l'art. 88 del TUIR, delineando come nei casi di accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182-*bis* oppure di un piano attestato ai sensi

---

<sup>41</sup> Alberti "Commentario breve alla legge fallimentare", diretto da Maffei; Stasi "Codice del fallimento" diretto da Lo Cascio.



dell'art. 67, comma terzo lett. d), la riduzione dei debiti d'impresa non è configurabile come sopravvenienza attiva per quella parte eccedente le perdite pregresse e di periodo di cui all'art. 84 del TUIR<sup>42</sup>.

L'innovazione è stata oggetto di alcuni rilievi di inutilizzabilità delle perdite sino alla concorrenza delle sopravvenienze attive da stralcio delle passività.

Ultima novità a livello tributario di rilievo, oggetto di analisi in questo paragrafo, può esser certamente quella che attiene alla deducibilità delle perdite sui crediti, però solo se siano decorsi sei mesi dalla scadenza del loro pagamento, nel qual caso l'importo risulti esser minore ad euro cinquantamila per quelle imprese con un volume d'affari o ricavi maggiori ad euro 150 milioni e inferiori a euro 2.500.00 per le altre<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> V. D'Angelo, "I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d, l. fall.: luci e ombre a seguito del decreto sviluppo", in *Giur. comm.* 2014, pp. 74, 88-89.

<sup>43</sup> Stasi, "Codice del fallimento" diretto da G. Lo Cascio; Contrino "Il trattamento fiscale dei bonus concordatari e da accordi di ristrutturazione", in *Corr. Trib.* 2010, pp. 2335 ss.; Del Federico, "Le novità sui profili tributari del concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione", pp. 1195 ss.

## 2.4 Pendenza del concordato preventivo: l'esecuzione fiscale

Una questione che è stata fonte di incertezza sia a livello tributario che a livello fallimentare, in considerazione di un loro collegamento, è quella relativa al riconoscimento di un potere in capo all'esattore di poter procedere esecutivamente nei confronti dell'imprenditore che risulta esser ammesso al concordato preventivo. Possiamo parlare di una incertezza della dottrina e della giurisprudenza in relazione a questo particolare tema che è divenuta maggiore a causa anche di alcune direttive emanate da parte dell'amministrazione finanziaria che, similmente a quanto aveva affermato la Corte di Cassazione per le aziende che si trovavano in stato di liquidazione coatta amministrativa, affermava come l'esattore aveva la possibilità di agire nei confronti del debitore concordatario.

Assume un'importanza considerevole l'art. 90 del D.P.R. 602/1973, modificato dal D. Lgs. 46/1999, in merito alla funzione che riveste lo stesso articolo, quale quella di eliminare ogni dubbio interpretativo circa il riconoscimento dell'esecuzione esattoriale in pendenza del concordato preventivo, dovendo il concessionario per la riscossione provvedere solamente all'inserimento dell'obbligazione d'imposta nell'elenco dei crediti della procedura.

## 2.5 L'istituto della transazione fiscale

La transazione fiscale è oggetto della disciplina dell'art. 1, comma 5 della legge 14 maggio 2005 n. 80 di conversione del D.L. n. 35/2005 che aveva sancito una nuova disciplina in merito alla transazione fiscale correlata alla normativa concorsuale, sulla base di un essenziale coordinamento con altre disposizioni e appunto la riconduzione della disciplina della transazione fiscale per assoggettamento o stato di insolvenza a procedure concorsuali sulla base della predetta legge<sup>44</sup>.

Ai fini della trattazione dell'istituto della transazione fiscale risulta doveroso indicare l'importanza che ha assunto nel nostro ordinamento giuridico il D. Lgs. 9 gennaio 2006 n. 5, il quale ha introdotto l'attuale art. 182 – *ter* con cui è stato disciplinato l'istituto in questione; il provvedimento legislativo menzionato ha portato all'abrogazione dell'art. 3, comma 3 del D.L. 8 luglio 2002 n. 138, convertito con legge 8 agosto 2002, n. 178.

Successivamente, grazie al D.L. 29 novembre 2008 n. 185 convertito in L. 28 gennaio 2009 n. 2, è stata estesa la disciplina della transazione

---

<sup>44</sup> Del Federico, "Il nuovo diritto fallimentare", diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna 2007 pp. 2562 ss.; Stasi, "Codice commentato del fallimento", pp. 2180 ss.; Stasi, "Il nuovo diritto fallimentare", Bologna 2010, p. 1177; Del Federico, "Il nuovo diritto fallimentare", Bologna 2010, p. 1215; Marini, "La legge fallimentare dopo la riforma", a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, Torino Giappichelli 2010, p. 2319; Del Federico, "Le novità sui profili tributari del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione", pp. 1195 ss.; Capolupo, "La transazione fiscale: aspetti sostanziali", p. 6435; Cinieri, "Riforma del fallimento: il nuovo istituto della transazione fiscale", in Pratica fiscale 2006, pp. 38 ss.; Del Federico, "profili processuali della transazione fiscale", in corr. Trib. 2007; Golino, "La transazione fiscale e gli accordi di ristrutturazione dei debiti", in IL Fisco 2007; La Croce, "La transazione fiscale nell'intreccio di norme generali, norme speciali e norme costituzionali: è possibile uscire dal labirinto?", in Fallimento 2008; La Malfa, "Rapporti tra la transazione fiscale e il concordato preventivo"; Loconte, "La transazione fiscale", pp. 186 ss.; Magnani, "La transazione fiscale", in "Il diritto fallimentare" a cura di Schiano Di Pepe, Padova 2007, p. 682; Mandrioli, "Transazione fiscale e concordato preventivo tra lacune normative e principi del concorso", p. 296; Mattei, "La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti", in Dir. Fall. 2008, p. 847; Stasi, "La transazione fiscale", p. 733; Tosi, "La transazione fiscale", in Riv. Trib. 2006, p. 1082; Zafarana, "Manuale tributario del fallimento e delle altre procedure concorsuali", pp. 270 ss.; Zanichelli, "Transazione fiscale e pagamento in percentuale dei crediti privilegiati in concordato preventivo: più dubbi che certezze", in Fallimento 2007, p. 580.

fiscale ai contributi amministrativi dagli enti gestori di previdenza e assistenza obbligatorie e relativi accessori, escludendo l'imposta sul valore aggiunto (IVA) per la quale può esser disposta esclusivamente la dilazione<sup>45</sup>.

Gli interventi precedentemente menzionati non sono giunti ad un'unitaria ed univoca interpretazione normativa dell'istituto oggetto di analisi, la stessa non ha chiarito in maniera esaustiva i limiti di applicabilità della transazione ai tributi, ha solo creato consistenti dubbi interpretativi inerenti alla preclusione dell'istituto all'iva, non curando nessuna forma di coordinamento con la disciplina concordataria, non ha svolto nessun tipo di chiarimento sul differente trattamento dei crediti assistiti da prelazione e di quelli chirografari in sede sia concorsuale che tributaria, cosicché le opinioni formatesi non sono state, come anticipato precedentemente, univoche.

È stato osservato come la transazione debba esser rivolta alla generalità dei creditori<sup>46</sup> non incidendo in maniera diversa sulle obbligazioni tributarie, né sul fine che il legislatore si era prefissato di realizzare, invece, altri giuristi, hanno indicato il principio generale del concordato preventivo che delinea come i creditori aventi diritto di prelazione non possono esser soggetti ad alcuna falcidia, salvo che non vi è rinuncia al privilegio, con una successiva partecipazione da parte degli stessi al voto<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Tribulato, "Omologazione dell'accordo di ristrutturazione, transazione fiscale e rinuncia preventiva all'opposizione", in *Dir. Fall.* 2009, pp. 224 ss.

<sup>46</sup> Del Federico, "Il nuovo diritto fallimentare", p. 2562; Marini, "La legge fallimentare dopo la riforma", a cura di Nigro-Sandulli; Zafarana, "Manuale tributario del fallimento e delle altre procedure concorsuale", pp. 288 ss.; Marelli, "Transazione fiscale, principi generale del concorso e soddisfazione parziale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo", in *Fallimento* 2007, p. 669; Dominici, "La sorte dei crediti tributari nel concordato preventivo con transazione fiscale", p. 346.

<sup>47</sup> Zanichelli, "Transazione fiscale e pagamento in percentuale dei crediti privilegiati in concordato preventivo: più dubbi che certezze", in *Fallimento* 2007, p. 580.

Alla luce delle varie elaborazioni di diversi autori è stato rilevato come la transazione fiscale avrebbe riguardato solo i crediti d'imposta privilegiati iscritti a ruolo, determinando *ex lege* che è necessario la predetta iscrizione ai fini del riconoscimento formale della preferenza.

Non poche problematiche ha suscitato la previsione di un soddisfacimento parziale dei crediti assistiti da un diritto di prelazione, introdotta dal D. Lgs. 17 settembre 2007 n. 169, che ha incrementato ulteriormente il dubbio circa il fatto se la limitazione potesse trovare ingresso per i crediti d'imposta<sup>48</sup>.

È opportuno indicare, per una più chiara esposizione, che l'istituto della transazione fiscale non costituirebbe una *condicio sine qua non* dell'ammissibilità e dell'omologabilità del concordato, infatti il voto favorevole da parte dell'Amministrazione finanziaria non sarebbe vincolante una volta posta nelle stesse condizioni degli altri creditori, tuttalpiù avrebbe una incidenza considerevole laddove ne influenzi direttamente le maggioranze<sup>49</sup>; inoltre la stessa transazione fiscale sarebbe proponibile anche nell'eventualità in cui la proposta di concordato non prevedesse la continuazione dell'attività di impresa e la conservazione dei livelli occupazionali.

In considerazione delle notevoli teorie venutesi a formare, non è mancata la prospettiva destinata ad inquadrare la transazione fiscale in un autonomo istituto al quale si potrebbe ricorrere, senza in alcun modo interferire con le norme del concordato preventivo<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Magnani, "Il diritto fallimentare riformato", p. 682; Tosi, "La transazione fiscale", in *Rassegna Tributaria* 2006, p. 1071.

<sup>49</sup> Trib. Monza 15 aprile 2010, n. 12478.

<sup>50</sup> La Croce, "Autonomia endoconcorsuale e non obbligatorietà della transazione fiscale nel concordato preventivo", in *Fallimento* 2010, pp. 142 ss.; Penta, "Obbligatorietà o facoltatività nel classamento dei creditori e carattere autonomo o dipendente della transazione fiscale", in *Fallimento* 2010, pp. 232 ss.; Trib. Mantova 26 febbraio 2009, n. 1641; Zanichelli, "I concordati giudiziali", Torino 2010, pp. 257 ss.

Ancora oggi non sono poche le questioni interpretative che solo col tempo e con una elaborata attività da parte della giurisprudenza potranno esser risolte<sup>51</sup>, infatti taluni orientamenti giurisprudenziali hanno posto all'attenzione che la transazione fiscale non è qualificabile come un negozio a contenuto transattivo dato che sono assenti dei contenuti di carattere civilistico e non ha un carattere autonomo rispetto al concordato preventivo sotto questo profilo<sup>52</sup>; altri orientamenti hanno rilevato la discrezionalità e facoltatività della domanda di transazione, potendo esser proposta secondo lo schema dell'art. 182-*ter*, oppure assoggettare i crediti fiscali e previdenziali alle stesse regole dettate per il concordato preventivo; ultimo orientamento che è oggetto di precisa indicazione all'interno di questo paragrafo è quello relativo al fatto della non qualifica dell'approvazione della transazione fiscale come condizione necessaria per la finale omologazione del concordato<sup>53</sup>.

Dopo aver esaminato i presupposti e le varie correnti giurisprudenziali poste alla base della transazione fiscale, possiamo passare, brevemente, all'analisi dei profili istituzionali della transazione ponendo la nostra attenzione sull'art. 182-*ter* 1. fall. che indica come con il piano di concordato preventivo il debitore può proporre il pagamento parziale e rateizzato dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e degli accessori relativi, nonché dei contributi amministrati dagli enti di previdenza ed assistenza di natura obbligatoria relativa alla quota delle obbligazione non iscritte a ruolo ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'UE (Unione Europea); per le ritenute non versate e per l'imposta sul

---

<sup>51</sup> Del Federico, "Questioni controverse sulla transazione fiscale", pp. 2377 ss.

<sup>52</sup> Trib. Roma 27 gennaio 2009, n. 1500.

<sup>53</sup> Corte D'Appello Torino 6 maggio 2010; Trib. Monza 15 aprile 2010, n. 12478.

valore aggiunto è possibile la previsione esclusione di una dilazione di pagamento.

Relativamente ai crediti tributari e contributivi assistiti da privilegio, i tempi di pagamento, la percentuale e le garanzie eventuali non possono esser minori rispetto a quelli offerti ai creditori che possiedono un grado di privilegio inferiore o a quelli delle agenzie e degli enti di gestione delle forme di previdenza ed assistenza obbligatorie che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei; nel qual caso in cui il credito tributario ha natura chirografaria non è possibile la differenziazione rispetto a quello degli altri creditori di natura chirografaria, oppure nel caso di suddivisione degli stessi creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole in classi.

Quanto alla procedura da seguire, è necessario depositare copia al competente concessionario del servizio nazionale della riscossione ed all'ufficio competente in relazione all'ultimo domicilio fiscale del debitore e copia delle dichiarazioni di natura fiscali per le quali non è stato conseguito l'esito degli automatici controlli, nonché delle integrali dichiarazioni relative al periodo fino alla data di presentazione della domanda al fine di consentire il consolidamento del debito fiscale, tutto ciò contestualmente alla domanda di ammissione al concordato preventivo e dell'insieme dei documenti al tribunale, cosicché l'amministrazione possa controllare e analizzare il piano per verificare il trattamento riservato ai creditori<sup>54</sup>.

L'ufficio competente è quello che ha notificato al debitore gli atti di accertamento, il quale riceve copia della domanda e della

---

<sup>54</sup> Giannelli, "Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni" in Dir. Fall. 2005, p. 1156.

documentazione e rilascia la prescritta certificazione che attesta il debito tributario.

Successivamente, non oltre il termine di trenta giorni che decorre dalla data di presentazione della domanda del contribuente, il concessionario trasmette un certificato al debitore che attesta l'ammontare del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso. Nello stesso termine deve liquidare i tributi risultanti dalle dichiarazioni e notificare i relativi avvisi di irregolarità, insieme al certificato che attesta l'entità del debito che deriva dagli accertamenti, ancora non definitivi, per quella parte non iscritta a ruolo.

Il diniego o l'adesione alla proposta di concordato sono approvati con atto del direttore d'ufficio, previo conforme parere della direzione regionale competente e sono espressi mediante voto positivo o negativo in sede di adunanza, oppure secondo i modi predisposti dall'art. 178, comma primo, 1. fall., relativamente a quei tributi non iscritti a ruolo. Alla luce di quanto appena enunciato si ritiene che il voto espresso da parte dell'amministrazione finanziaria debba esser effettuato negli stessi modi con il quale è esercitato da parte di tutti gli altri creditori, anche se in passato era dubbio se la manifestazione del voto per l'adesione fosse ammissibile o meno.

Dopo che è intervenuta la pronuncia del provvedimento di ammissione di cui all'art. 163 1. fall., copia degli avvisi di irregolarità e delle certificazioni devono esser trasmessi al Commissario giudiziale ai fini degli adempimenti che sono disciplinati dagli artt. 171 e 172 1. fall. e contestualmente si deve precisare come questo onere debba esser adempiuto da parte del debitore, il quale è soggetto all'obbligo di informazione rivolto all'organo predetto sulla situazione patrimoniale esatta.



Come ultimo step di questa analisi procedurale è opportuno specificare come la domanda di transazione fiscale spetti in maniera esclusiva all'imprenditore che si trovi in stato di crisi e che l'omologazione del concordato non produce alcun effetto sulla posizione dei coobbligati e sugli obbligati in via di regresso nei confronti dei quali l'amministrazione finanziaria può agire per la pretesa tributaria intera.

Per concludere questo paragrafo riguardante la transazione fiscale è opportuno fare un'analisi esaustiva riguardante gli effetti della stessa, determinandosi una perplessità consistente in relazione ai crediti assistiti da un diritto di prelazione<sup>55</sup>. Nel 2006, il legislatore aveva indicato in materia di concordato preventivo l'importantissimo principio dell'integrale soddisfazione dei creditori privilegiati, con la possibilità di esercitare il diritto di voto rinunciando al privilegio e, dunque, l'introduzione della transazione fiscale si era resa conveniente in merito all'avvio della precedente normativa tributaria e nell'obiettivo di facilitare anche la definizione di crediti d'imposta assistiti da un diritto di prelazione in relazione ai quali la natura pubblica dell'obbligazione avrebbe impedito qualsivoglia rinuncia.

I dubbi che si sono venuti a manifestare riguardano la compatibilità dell'istituto della transazione fiscale con la moderna normativa riguardante i crediti concordatari privilegiati: con il primo si rende possibile una trattativa con la quale si giunge ad un consolidamento dell'intera obbligazione d'imposta ed al suo risultato nei termini di cui all'assenso prestato dall'amministrazione finanziaria e con la seconda la diminuzione dei predetti crediti rispettando i modi espressamente previsti dalla legge fallimentare<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Nigro-Sandulli, "La legge fallimentare dopo la riforma", p. 1115.

<sup>56</sup> Restuccia, "Grado dei privilegi e transazione fiscale", in Dir. Fall. 2009, pp. 66 ss.

In considerazione della analisi che si sta svolgendo devono esser posti all'attenzione due articoli della nostra legge fallimentare, quali l'art. 160 che disciplina la circostanza di un trattamento individuato per ciascuna classe di creditori che non può avere la conseguenza di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione e l'art. 182-ter che precisa come i tempi di pagamento, le percentuali e le garanzie eventuali non possono esser inferiori a quelli che risultano esser offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio minore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali. Dopo questa analisi e la qualifica di questi due articoli come articoli conciliabili, si è giunti alla soluzione per la quale si sarebbe dovuto riconoscere che il ruolo svolto dalla transazione fiscale valesse per la gestione dell'entità del credito d'imposta data la pubblica natura.

Prendendo in considerazione gli interventi effettuati da parte del legislatore tramite anche il D.L. 185/2008 e la legge di conversione 2/2009 è sembrato che le intenzioni fossero quelle di disciplinare la transazione fiscale e previdenziale non in maniera autonoma, bensì in dipendenza delle procedure concorsuali preventive; ad esempio possiamo indicare i casi di definizione stragiudiziale dell'insolvenza da parte degli istituti di credito, i quali avevano combattuto le crisi di natura imprenditoriale con mezzi privati, creando le c.d. convenzioni bancarie, e che rappresentavano l'impossibilità di poter stipulare con le pubbliche amministrazioni una transazione soddisfattiva delle loro obbligazioni, in aggiunta al rischio elevato di responsabilità civili e penali.

In merito al divieto di riduzione delle obbligazioni per iva e per ritenute che risultano operanti e non versate, oltre alle indicazioni di segno

contrario della dottrina<sup>57</sup>, è stato posto in rilievo che l'obbligo di pagamento integrale di tali oneri tributari si ponesse in una posizione contraria con la stessa normativa del concordato che è obbligatorio e remissorio, esigendo il soddisfacimento dei creditori nel rispetto di principi ispirati alle norme civilistiche sulle prelazioni e sulla graduazione ed è preposto al rispetto di regole di correttezza, posizione giuridica ed interessi economici omogenei, nei casi di formazione delle classi.

Dall'esame delle norme dettate dagli artt. 160, 161 e 182-ter, relativamente al tema dell'attuazione della transazione, sottolineando che la stessa non poteva avvenire all'interno della procedura, si ribadisce che sarebbe stato possibile conseguire un'interpretazione unitaria.

Era stato osservato che, soffermandoci sul testo normativo, in assenza di classi, i crediti assistiti da prelazione dovevano esser soddisfatti per intero, salvo le limitazione indicate dall'art. 160 che si applicano anche ai crediti d'imposta. Nel caso di classi, sarebbe stato essenziale che la loro formazione avvenisse in maniera corretta e che il trattamento individuato per ciascuna di esse non avesse l'effetto di modificare l'ordine delle cause legittime di prelazione, in maniera equivalente al principio desumibile dall'art. 182-ter. Ugualmente anche il trattamento dei creditori chirografari individuato dall'art. 160, nei casi di assenza di classi, non sarebbe stato differente e questo principio risultava

---

<sup>57</sup> Capolupo, "La transazione fiscale", p. 7920; Del Federico, "La nuova transazione fiscale secondo il Tribunale di Milano: dal particolarismo tributario alla collocazione endoconcorsuale", p. 342; La Croce, "La transazione fiscale dell'intreccio di norme generali, norme speciali e norme costituzionali: è possibile uscire dal labirinto?", in Fall. 2008, p. 1410; Mandrioli, "Transazione fiscale e concordato preventivo tra lacune normative generali del concorso e soddisfazione parziale di creditori privilegiati nel concordato preventivo", in Fallimento 2007, p. 669; Stasi, "La transazione fiscale", in Fallimento 2008, p. 105; Tosi, "La transazione fiscale", in Riv. Trib. 2006, p. 1082; Zafarana, "Manuale tributario del fallimento e delle altre procedure concorsuali", pp. 288 ss.; Zanichelli, "Transazione fiscale e pagamento in percentuale dei crediti privilegiati in concordato preventivo: più dubbi che certezze", in Fallimento 2007, p. 580.

individuato dall'art. 182-ter, nuovamente, sancendo che il trattamento non può esser diversificato relativamente a quello degli altri creditori chirografari.

Nei casi di formazione di classi, viceversa, la regola stabilisce che la stessa deve esser effettuata rispettando i criteri della posizione giuridica e degli interessi economici omogenei rivestiti dai creditori, mentre l'art. 182-ter stabilisce che i crediti di imposta non siano soggetti a differenziazione rispetto agli altri creditori che sono soggetti al trattamento più favorevole.

L'analisi precedentemente compiuta da parte dei vari giuristi aveva lasciato dei dubbi in capo ad altri soggetti del campo giuridico, dato che i crediti d'imposta di natura chirografaria non sarebbero stati più collocati in classi rispettando i criteri della posizione e degli interessi economici omogenei, ma avrebbero ricevuto lo stesso trattamento della classi degli altri creditori cui è riservato il più favorevole trattamento.

È stato rilevato, antecedentemente, che la transazione avrebbe potuto costituire un utile strumento per fortificare l'intera posizione fiscale dell'imprenditore, eliminare le controversie pendenti e gli eventuali accertamenti da definire affinché si avesse un quadro completo ed esaustivo della posizione fiscale del contribuente<sup>58</sup>. Anche se tutti questi sforzi interpretativi sono stati compiuti da parte dei giuristi ai fini di una compatibilità tra l'esecuzione della transazione e la stessa procedura concorsuale, è facilmente individuabile che il quadro complessivo è oggetto di discordanze.

Questa disarmonia ha indotto ad analizzare il profilo esposto in dottrina di una concezione autonoma della transazione fiscale in relazione al

---

<sup>58</sup> Lo Cascio, "Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative", in Fallimento 2009, pp. 1135-1136.

concordato preventivo<sup>59</sup>, riconoscendosi al contribuente, sulla base di una volontà da parte del legislatore, una scelta tra due alternative:

- i. assoggettare il debito erariale alle regole del concorso, avendo incidenza sulle posizioni obbligatorie secondo la disciplina del concordato preventivo e così incidendo sui debiti d'imposta;
- ii. utilizzare la disciplina indicata dall'art. 182-*ter* e servirsi della normativa della transazione fiscale.

Nel caso sub i) il debitore godrebbe degli effetti di natura obbligatoria e remissoria del concordato preventivo anche per le obbligazioni tributarie, senza conseguire l'affermarsi dell'intera posizione fiscale, ma rispettando il principio della graduazione dei privilegi e della convenienza del concordato, alla luce della scelta del tribunale. Secondo il caso sub ii), il contribuente godrebbe della definizione di contenzioso tributario, delle liti non soggette a transazione con la conciliazione giudiziale, degli accertamenti pendenti e avrebbe rafforzato la propria posizione fiscale, però per rendere valida la transazione nel piano concordatario dovrebbe esser soggetta al consenso dell'amministrazione finanziaria ed ai vincoli imposti dalla legge sulla non applicabilità della transazione a taluni tributi (imposta sul valore aggiunto e ritenute).

Parte della dottrina aveva considerato la natura esclusivamente procedimentale dell'art. 182-*ter*, traducendo la transazione in un istituto che risulti esser privo di giuridico fondamento e rendendo senza valore la previsione normativa<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> La Croce, "L'autonomia endoconcorsuale della transazione fiscale nel concordato preventivo e la sua non obbligatorietà", in *Fallimento* 2010, pp. 142 ss.; Verna, "La transazione fiscale sub-procedimento facoltativo del concordato preventivo", in *Fallimento* 2010, p. 710.

<sup>60</sup> Fontana, "La legge fallimentare", a cura di Ferro, Padova 2006, pp. 1445 ss.; Del Federico, "Il nuovo diritto fallimentare", p. 2564; Stasi, "Il nuovo diritto fallimentare", Bologna 2010, pp. 1177 ss.; Magnani, "La transazione fiscale", Padova 2007, p. 678; Zanichelli, "Transazione fiscale e pagamento percentuale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo: più dubbi che certezze", in *Fallimento* 2007, p. 580.

Nel rispetto di questa corrente alcuni giudici avevano considerato che l'istanza di transazione fiscale non formasse un onere per il debitore che non vuole conseguirne gli effetti, dacché facendo ricorso alla transazione, il credito per imposta sul valore aggiunto non sarebbe oggetto di soddisfazione necessariamente in modo integrale<sup>61</sup>.

Aderendo inizialmente a questa tesi, la dottrina ha verificato al contempo se l'autonomia della transazione fiscale potesse collegarsi con la normativa del concordato preventivo nel cui piano sarebbe stata compresa, sulla base della stessa formulazione *ex art. 182-ter*.

Se si fosse parlato di autonomia della transazione fiscale non si sarebbe potuto pensare, seguendo quanto affermato<sup>62</sup>, che l'imprenditore avrebbe potuto ricorrere in maniera indipendente dalla proposta di concordato preventivo dato che dalla stessa normativa della legge fallimentare sarebbe emerso un collegamento indiscutibile dell'istituto con le procedure concorsuali. Differentemente ci saremmo trovati nella situazione di utilizzarne per ridurre le obbligazioni d'imposta anche agli effetti di un piano attestato, del fallimento, ecc. In aggiunta, nell'eventualità in cui il debitore utilizzasse la transazione fiscale per definire le obbligazioni, nel rispetto dell'*art. 182-ter*, però al di fuori del piano, in caso di fallimento successivo, i pagamenti eventuali, sarebbero stati soggetti all'azione revocatoria fallimentare e non avrebbero goduto del beneficio *ex art. 67*, terzo comma, 1. fall. La situazione nella quale ci si ritroverebbe sarebbe quella di porre in essere dei comportamenti che integrano gli estremi della bancarotta preferenziale in quanto lesivi dei diritti dei creditori altrui ed in violazione della legge che ha sancito che

---

<sup>61</sup> Pezzano, "Il pagamento dell'iva nella nuova transazione fiscale", in *dir. Fall.* 2010, pp. 110 ss.

<sup>62</sup> La Croce, "L'autonomia endoconcorsuale della transazione fiscale nel concordato preventivo e la sua non obbligatorietà", in *Fallimento* 2010, pp. 142 ss.

il regolamento delle obbligazioni d'imposta si delinea sulla base di un piano di cui all'art. 160 o nel campo delle trattative che risultino esser antecedenti la stipula dell'accordo.

Il concetto di "autonomia", dunque, non sembrava collocabile né in una attività propositiva indipendente di definizione negoziale delle obbligazioni d'imposta e di rilevazione dell'intera posizione tributaria, né assimilabile ad un atto esecutivo di natura specifica ai fini della realizzazione del piano.

Risulta quindi auspicabile che la transazione fiscale non fosse oggetto di istanza da parte dell'amministrazione finanziaria o previdenziale, contemporaneamente alla domanda di concordato preventivo, ma in un termine anteriore affinché si consenta all'imprenditore di mostrarla successivamente in tribunale in maniera conclusiva e nel rispetto dei principi del diritto concorsuale<sup>63</sup>.

In considerazione dell'analisi svolta, si potrebbe consentire all'imprenditore, che propone un concordato preventivo, antecedentemente alla presentazione di un'istanza formale, la predisposizione di una documentazione necessaria e su tutto il piano con il quale intende affrontare la crisi, ampliando l'attività di preparazione di eventuali contatti con l'amministrazione finanziaria. Allo stesso modo è indubbio che l'attivazione delle necessarie formalità affinché l'amministrazione finanziaria espona la propria adesione alla domanda del contribuente non può che cominciare il deposito di un'istanza.

Ecco allora che il punto focale è quello di individuare precisamente, una volta completata con l'amministrazione finanziaria la transazione fiscale, se essa possa entrare nel piano concordatario ed esser oggetto di

---

<sup>63</sup> Del Federico, "Il nuovo diritto fallimentare", pp. 2570 ss.

esecuzione. Quello che risulta esser oggetto di analisi è se, una volta completata, possa esser operativa nelle procedure preventive e possa conseguire quegli obiettivi che la norma ha voluto conseguire, oppure se alcune modalità stabilite dall'art. 182-ter siano oggetto di contrasto con la normativa concorsuale.

Bisogna ripetere che, come già ampiamente indicato, che i crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca, dei quali la proposta preveda il pagamento integrale, non vantano alcun diritto di voto, nel qual caso in cui non rinuncino totalmente o parzialmente al diritto di prelazione e per quella parte di credito non garantita siano equiparati ai creditori chirografari.

Risulta opportuno considerare che la produttività di effetti giuridici della transazione fiscale tramite l'acquisizione dell'assenso dell'amministrazione finanziaria non possa formarsi mediante una semplice enunciazione di carattere teorica delle modalità e limiti stabiliti dall'art. 182-ter visto che il contenuto della transazione fiscale, successivamente al deposito della domanda di concordato, molto presumibilmente subisce modifiche in relazione alla verifica e agli adempimenti imposti dall'amministrazione finanziaria. Allora la transazione fiscale definitiva andrebbe ad incidere sulla portata economica della proprietà precedentemente formulata di cui nel contempo il tribunale è invocato a decretare in merito all'ammissione.

Questa trasformazione della transazione fiscale rispetto alla proposta di concordato potrebbe confermare il principio di una sua autonomia, da un lato, ma allo stesso modo sarebbe opportuno un miglior coordinamento con la disciplina fallimentare e seguendo questa impostazione, l'alternativa potrebbe esser quella di riconoscere in capo all'imprenditore la possibilità che instauri un rapporto l'amministrazione finanziaria in un tempo antecedente rispetto alla presentazione



dell'istanza di ammissione al concordato preventivo e provveda a formalizzarla successivamente alla sua adesione, oppure aspettare le conclusioni finali dell'amministrazione finanziaria e modificare il contenuto durante la procedura, prima della votazione, nel caso si ritenga che faccia parte integrante della proposta di concordato.

È conosciuto il fatto che la disciplina di cui all'art. 182-*ter* pone il divieto di una sua applicazione ai crediti per IVA<sup>64</sup>. Se la proposta delinea il soddisfacimento di tutti i crediti assistiti da un diritto di prelazione e non si delinei una circostanza di incapacienza del patrimonio dell'imprenditore, non dovrebbe nascere alcun problema, anche se l'imprenditore disponesse di nuova finanza con cui può adempiere alle obbligazioni IVA, non sussisterebbe alcun problema in relazione alla sorte della transazione fiscale. Il problema sorge nel caso in cui non sussistono beni mobili su cui esercitare il privilegio del credito d'imposta e, dunque, si concretizza l'ipotesi di un pagamento parziale dei creditori privilegiati secondo la disciplina *ex art.* 160, secondo comma, 1. fall., creandosi un problema in merito alla legittimità o meno della transazione in relazione alla deroga che risulti realizzarsi.

Inoltre bisogna tener conto della enunciazione dell'art. 182-*ter*, il quale stabilisce che non si può determinare una soddisfazione di crediti privilegiati in misura inferiore rispetto ai crediti chirografari o a quelli che hanno una medesima situazione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali. Tale regola non potrebbe esser perennemente osservata, prendendo come esempio la circostanza di trovarsi di fronte ad un patrimonio esclusivamente di natura immobiliare, con automatico azzeramento della preferenza sulle

---

<sup>64</sup> Miconi, "Concordato preventivo, infalciabilità dell'iva e buon andamento dell'azione amministrativa", in *Fallimento* 2014, pp. 320, 322.

obbligazioni d'imposta, e proprio questa peculiarità potrebbe impedire il rispetto delle limitazioni imposte dall'art. 182-ter.

Riguardante i crediti d'imposta chirografari l'art. 182-ter indica che il trattamento riservato agli stessi, nel caso in cui non siano previste classi, deve esser identico a quello riconosciuto a tutti gli altri e, nel caso della formazione di classi, non può esser minore rispetto a quello più favorevole.

In merito al primo caso il trattamento dei creditori chirografari nel concordato preventivo dovrebbe esser uguale e non sarebbe perciò da ravvisare alcuna incongruenza rispetto ai modi che regolano la transazione fiscale; riguardante il trattamento dei crediti chirografari tributari più favorevole, nel caso di più classi, la posizione di preferenza individuata rispetto al sistema concorsuale sarebbe contraria al principio d'autonomia dell'istituto, visto che introdurrebbe un sistema non conforme al principio di correttezza delle classi.

Considerando questo percorso che è stato seguito, i giuristi hanno evidenziato talune difficoltà ai fini dell'esecuzione della transazione fiscale nell'ambito del piano concordatario e anche per le ragioni che ruotano attorno all'autonoma disciplina delle obbligazioni d'imposta.

Alla fine è rilevato come l'unica soluzione risulterebbe quella di un'interpretazione che possa assimilare la disciplina dettata dall'art. 182-ter a quello individuata dall'art. 160 ai fini del trattamento dei crediti assistiti da diritto di prelazione, al contrario invece, per i crediti chirografari nell'eventualità della formazione di classi, sarebbe necessario evidenziarne l'illegittimità costituzionale.

Possiamo dire che attualmente sembra ormai essersi rafforzato l'orientamento che riconosce il principio dell'autonomia o della facoltatività della transazione fiscale in relazione al concordato

preventivo<sup>65</sup> anche se è opportuno precisare come non sono assenti alcune riserve formulate nel tentativo di un coordinamento tra la materia concorsuale e quella fiscale.

Relativamente a questo argomento la Cassazione si è pronunciata indicando il principio dell'infalciabilità dell'IVA<sup>66</sup> e la facoltatività della transazione fiscale<sup>67</sup>: il tema dell'infalciabilità dell'iva è stata oggetto di esame da parte della Corte Costituzionale grazie ai giudici di merito<sup>68</sup> che hanno evidenziato la violazione degli artt. 3 e 97 Cost. relativamente alla condizione di incertezza interpretativa, ma la Consulta si è pronunciata ritenendo infondata la questione sia per assenza di irragionevolezza della disciplina delineata dalla combinazione degli artt. 160 e 182-ter l. fall. che disciplina differentemente il credito IVA, riconoscendo ad esso un trattamento diverso non soltanto rispetto agli altri crediti privilegiati, ma anche per gli altri crediti tributari assistiti da privilegio, sia perché è identificabile, la norma sulla transazione del credito IVA, come disciplina eccezionale rispetto al principio dell'indisponibilità della pretesa erariale<sup>69</sup>.

Concludendo indichiamo che una corrente maggioritaria riconosce al debitore la possibilità discrezionale di scegliere nel concordato preventivo per la transazione fiscale, nel rispetto delle richieste

---

<sup>65</sup> Stasi, "Codice del fallimento", pp. 2173 ss.; La Croce, "La transazione fiscale", collana delle "Monografie del Fallimento e le altre procedure concorsuali", Milano Ipsoa 2011; Zanichelli, "La transazione fiscale", in Dir. Fall. 2012, pp. 143 ss.

<sup>66</sup> Corte di Cassazione, 4 novembre 2011 nn. 22931-22932; Corte di Cassazione, sezione penale, 31 ottobre 2013, n. 44283.

<sup>67</sup> Vella, "La problematica scissione tra facoltatività procedimentale e obbligatorietà sostanziale dell'art. 182-ter l. fall.", in Fallimento 2012, p. 172.

<sup>68</sup> Miconi, "Concordato preventivo, infalciabilità dell'iva e buon andamento dell'azione amministrativa", in Fallimento 2014, pp. 320, 322.

<sup>69</sup> Corte Costituzionale, 15 luglio 2014, n. 225; Andreani, "L'infalciabilità del credito Iva nel concordato preventivo senza transazione fiscale", p. 2795; Stasi, "L'infalciabilità dell'iva nel concordato preventivo alla luce della pronuncia della Corte costituzionale", in Fallimento 2015, p. 41; Fabiani, "La falciabilità di tutti i crediti tributari e l'equivoco della lettura della Cassazione", in Fallimento 2014, pp. 264 ss.

dell'amministrazione finanziaria, oppure richiedere l'applicazione delle norme del concorso collettivo, sempre che il consenso non incida sul perseguimento della quota di maggioranza dei creditori. Al contrario, il pagamento dell'IVA integrale è di natura obbligatoria anche nei casi in cui non sia operativa la transazione fiscale.

Risulta incerto se possa esser proposto, nei confronti dell'amministrazione finanziaria, ricorso in sede giurisdizionale e se debba esser trasmessa alla giurisdizione tributaria o amministrativa la questione attinente l'applicabilità della transazione fiscale, nel caso in cui da parte dell'amministrazione sia negata la predetta applicabilità.

## **CAPITOLO TERZO – GLI ATTI DI FRODE NEL CONCORDATO PREVENTIVO**

### **3.1 Il concetto di “frode”**

La frode è configurabile come un atto o comportamento diretto a ledere con l'inganno un diritto altrui. Esso assume rilevanza in tutti gli ambiti del nostro ordinamento giuridico, infatti in diritto privato si intende per frode ogni comportamento sleale in pregiudizio di altri, più gravi della mala fede, in diritto penale il termine frode indica una serie di condotte caratterizzate da modalità elusive previste come reato dal codice o dalle leggi speciali e così via.

Data la diversa rilevanza che assume il concetto di “frode” nei diversi campi del diritto, risulta opportuno precisare la sua valenza nell'ambito del diritto fallimentare e, precisamente, nell'ambito del concordato preventivo.

Prendendo in considerazione la nostra legge fallimentare, ciò che connota la natura ingannevole della domanda di concordato (e che ne determina l'inammissibilità per difetto dei requisiti di cui all'articolo 161, comma 1, lett. a) e b) l. fall.) è l'omessa o la falsa rappresentazione dei dati aziendali sui quali si fondano la relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, l'analisi e la stima delle attività e la formazione dell'elenco nominativo dei creditori. Per converso, nessuna valenza idonea a trarre in inganno può configurarsi qualora il piano concordatario presenti un'esatta ricognizione di tali dati che sia comprensiva della completa ricostruzione dei rapporti negoziali dai quali scaturiscono le posizioni creditorie, ivi comprese quelle che

siano state, in ipotesi, erroneamente individuate come tali; in tal caso, infatti, la proposta contiene tutte le informazioni necessarie affinché gli altri creditori che ne sono destinatari possano verificare l'effettiva convenienza ed esprimere una consapevole e regolare accettazione della stessa<sup>70</sup>. Va revocata l'ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'articolo 173 L. fall. nell'ipotesi in cui la proposta si presti a gravi censure sotto il profilo delle informazioni dovute ai creditori, soprattutto nel caso in cui i fatti idonei ad influire sul loro giudizio siano stati scoperti dal commissario giudiziale e la condotta omissiva presenti forti elementi indiziari di intenzionalità (nel caso di specie, le omissioni informative oggetto di indagine hanno riguardato: stipula di patti parasociali e conseguenti obblighi di indennizzo, impegno all'acquisto di pacchetto azionario, pignoramento di quote di partecipazioni societarie, l'accordo tra i soci di conversione dei finanziamenti in capitale sociale, modifiche al piano industriale)<sup>71</sup>.

È considerato un comportamento caratterizzato dall'elemento frodatorio anche il silenzio nella formulazione del piano e della proposta di concordato preventivo in ordine alla appropriazione, avvenuta prima del deposito della domanda, di una ingente somma di denaro, costituendo atto di frode ai sensi dell'articolo 173 l. fall.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Cassazione civile, sez. I, 29 gennaio 2015, n. 1680.

<sup>71</sup> Tribunale Trento 30 ottobre 2015.

<sup>72</sup> Tribunale Monza 04 novembre 2014, n. 11993.

## 3.2 La rilevanza degli atti di frode

### 3.2.1 L'art. 173 l. fall. identificato come “valvola di sicurezza” del concordato preventivo

L'art. 173 l. fall. costituiva e costituisce – anche successivamente agli interventi di riforma e correttivi - la più importante “valvola di sicurezza” del concordato preventivo<sup>73</sup>, il cui scopo è quello di consentire il continuo controllo da parte del tribunale dell'esistenza dei presupposti alla cui sussistenza l'ordinamento subordina la possibilità di concordare con i creditori una riduzione della massa passiva.

La stessa norma è stato oggetto di numerosi interventi sia dottrinali che giurisprudenziali, proprio alla luce della rilevanza del tema oggetto della disciplina da parte della predetta norma.

La dottrina<sup>74</sup> ha evidenziato, in passato, che l'art. 173 l. fall. costituiva un presupposto dell'art. 181 l. fall., il quale articolo imponeva al tribunale, durante la fase di omologazione, di verificare nuovamente la persistenza delle condizioni di ammissibilità e di verificare che il debitore fosse meritevole del beneficio. Il fine ultimo del dato controllo era quello di rispondere sia ad una funzione di garanzia per i creditori in ordine alla corretta prospettazione del concordato preventivo, sia all'esigenza che il generale interesse non fosse deviato da condotte

---

<sup>73</sup> Galletti, “la revoca dell'ammissione al concordato preventivo”, in *Giur. comm.*, 2009, I, 748, il quale individua una norma fondamentale nell'ambito della nuova impostazione del concordato.

<sup>74</sup> Filocamo, “L'art. 173, primo comma l. fall. nel sistema del nuovo concordato preventivo”, in *Fallimento*, 2009, pp. 1467 ss.; Fauceglia, “Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura”, in *Fallimento*, a cura di Fauceglia-Panzani, Torino, 2009, III, pp. 1699; Penta, “La revoca del concordato preventivo”, in *Fallimento*, 2011, pp. 735 ss.; Bosticco, “La resurrezione giurisprudenziale dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese”, in *Fallimento*, 2007, p. 1450; Goretti, “La valutazione di opportunità del Tribunale sull'ammissione al concordato preventivo in presenza di atti in frode ai creditori”, in *Fallimento*, 2012, p. 236.

fraudolenti posta dal debitore per rendere oscura la situazione, al fine di soddisfare degli interessi che risultano esser egoistici e, naturalmente, non meritevoli di alcuna tutela o dalla commissione di condotte penalmente rilevanti (qui si tocca un punto alquanto delicato ed estremo).

La domanda posta da parte della dottrina è stata se l'art. 173 l. fall. dovesse ritenersi implicitamente abrogato<sup>75</sup> alla luce del mutamento dei presupposti per l'ammissione al concordato preventivo; la dottrina maggioritaria<sup>76</sup>, confermata l'assenza di profili di incompatibilità effettiva con la disciplina riformata, ha ritenuto integralmente vigente l'art. 173 l. fall., considerando che tutte le condotte descritte conservino efficacia limitativa della prosecuzione della procedura. Seguendo questo filone, anche la prevalente giurisprudenza di merito si è espressa in tal senso<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Bozza, "Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173 della legge fallimentare", in *Fallimento*, 2007, p. 698.

<sup>76</sup> Ambrosini, "La domanda di concordato preventivo, l'ammissione alla procedura e le prerogative del tribunale", in *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006, pp. 320 ss.; Apice, "Il nuovo concordato preventivo e i poteri del tribunale", in *Dir. prat. soc.*, 2005, p. 9; Arato, "Fallimento: le nuove norme introdotte con la L. 80/2005", in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 169; Caiafa, "Nuovo diritto delle procedure concorsuali", Padova, 2006, pp. 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, p. 247; De Crescenzo, "Commento sub art. 173", in "Il nuovo diritto fallimentare", a cura di Jorio-Fabiani, Bologna, 2007, II, p. 2458; Ferro, "Il nuovo concordato preventivo: la privatizzazione delle procedure riorganizzative nelle prime esperienze", in *Giur. merito*, 2006, p. 693; Genoviva, "I limiti del sindacato del tribunale nel nuovo concordato preventivo", in *Fallimento*, 2006, p. 361 ss.; Guglielmucci, "La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare", Torino, 2005, pp. 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, pp. 147 e 237; Padellaro, "Commento all'art. 173", in "La riforma della legge fallimentare", a cura di Nigro-Sandulli, Torino, 2006, II, p. 1050; Rago, "Primi problemi applicativi sul nuovo concordato preventivo", in *Fallimento*, 2006, p. 292.

<sup>77</sup> Corte d'App. Bari, 6 marzo 2007; Corte d'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; Trib. Trani, 23 novembre 2006; Trib. Torino, 12 dicembre 2006, in *Fallimento*, 2007, 685; Trib. Milano, 24 aprile 2007, *ibidem*, 1441; Trib. Milano, 19 luglio 2007, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Milano, 25 ottobre 2007.



Risulta perciò rilevante, anche alla luce del fatto che il concordato preventivo si sta rivelando l'istituto di maggior applicazione nella soluzione della crisi d'impresa, focalizzare e delineare le condotte che la norma stessa prevede come di ostacolo alla prosecuzione della procedura.

In considerazione di quanto da noi 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 darne immediata notizia al giudice delegato, il quale, fatte le opportune indagini, promuove dal tribunale la dichiarazione di fallimento. [...]”*.

In dottrina e in giurisprudenza è stato sottolineato come gli atti di frode previsti dalla fattispecie precedentemente richiamata possono essere suddivisi in due categorie distinte l'una rispetto all'altra: nella prima categoria sono individuati atti di frode “tipici” (atti che veniamo a nominare così alla luce del carattere di tipicità che li caratterizzano), mentre, con altra denominazione generale, la seconda categoria viene a ricomprendere condotte non tipizzabili aventi un contenuto ingannevole, “altri atti di frode” o atti di frode “atipici”.

Partendo dall'analisi della prima categoria degli atti di frode, gli atti di frode tipici, possiamo ricomprendere generalmente fra gli stessi: la dissimulazione di parte dell'attivo sulla base di atti simulati tramite l'alterazione delle scritture contabili oppure grazie ad una relazione infedele dello stato analitico ed estimativo delle attività<sup>78</sup>;

---

<sup>78</sup> Trib. Milano, 28 aprile 2008, 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, equivale alla dissimulazione di parte dell'attivo l'omessa indicazione anche di un solo

l'occultamento di parte dell'attivo; la mancata denuncia di uno o più crediti per sottovalutare il fabbisogno tramite la non enunciazione di un credito che risulti esser contestato o incerto, anche tramite l'assenza di una denuncia relativa ad una causa di prelazione o la qualifica di un credito caratterizzato dal diritto di prelazione anche in assenza del relativo presupposto che lo porta a qualificare in tal maniera; l'indicazione di passività inesistenti<sup>79</sup>.

La seconda categoria di atti di frode che ci accingiamo ad analizzare è la categoria degli atti di frode atipici che, si ritiene, non sono coincidenti con quelli di natura civilistica come i contratti in frode alla legge con causa o motivo illecito, ma delineano atti che assumono rilevanza consistente all'interno della procedura visto che sono volti a frodare le ragioni dei creditori andando a intaccare il percorso di formazione della volontà degli stessi<sup>80</sup>.

Risulta importante precisare che l'importanza degli stessi atti debba esser letta prendendo in considerazione la validità a falsare il corretto e regolare *iter* della procedura, andando ad intaccare il prospetto in base al quale i creditori hanno modellato il loro convincimento ed espresso il

---

bene; 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

<sup>79</sup> Trib. Prato, 6 ottobre 2010, 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

<sup>80</sup> Trib. Bari, 7 aprile 2010, 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 1.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.

proprio voto informato, perciò possiamo dire che rientrano in questa categoria individuata quegli atti in frode ai creditori che conducono all'inganno nei confronti dei creditori stessi e non quelli che conducono a pregiudicarli dal punto di vista economico.

Il commissario giudiziale, appena accerta l'esistenza di elementi frodatori, deve darne immediata comunicazione al tribunale affinché lo stesso promuova il procedimento *ex art. 173 l. fall.*.

L'interpretazione posta dalla dottrina è un'interpretazione estensiva alla luce delle diverse condotte, proprio dovuto dal 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 denaro o la distruzione di beni aziendali”<sup>81</sup>, sottolineando successivamente, 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

---

<sup>81</sup> Penta, “La revoca del concordato preventivo”, in *Fallimento* 2011, p. 736, cit..

*procedura compie un atto fraudolento, assimilabile ad un atto di sottrazione o dissimulazione dell'attivo*"<sup>82</sup>.

Analizzando l'ambito applicativo dell'art. 173 l. fall., va precisato che la disposizione deve esser coordinata con l'identificazione della natura contrattuale dell'istituto del concordato preventivo e si deve prendere in considerazione che se, in periodi antecedenti, la norma aveva la funzione di sanzionare alcuni comportamenti che il debitore aveva compiuto (comportamenti di "disvalore"), i quali non rendevano meritevole il debitore del beneficio concordatario (senza prender in considerazione aspetti relativi alla correttezza contabile e alla correttezza comportamentale), ad oggi, gli effetti giuridici prodotti dalla predetta norma devono esser visti alla luce della richiesta di adeguatezza del piano di soluzione della crisi e del giudizio positivo di esso da parte dei creditori.

Sulla base di questo *iter* interpretativo seguito da parte dei giuristi potremmo affermare che il concetto di frode è un concetto che non riguarda aspetti valutativi personali, ovvero attinenti al comportamento pregresso del debitore, ma deve riguardare una verifica circa l'influenza negativa di determinati comportamenti sulla serietà dell'approccio alla procedura concorsuale, nonché circa il compimento di atti qualificabili come in pregiudizio ai creditori. Pertanto possiamo concludere questo paragrafo indicando che la portata applicativa delle condotte rilevanti debba esser individuata e delineata seguendo un punto di vista "oggettivo".

---

<sup>82</sup> Penta, "La revoca del concordato preventivo", in *Fallimento*, 6, 2011, 736, cit..

### 3.2.2 L'interpretazione della natura "frodatoria": le soluzioni della dottrina e della giurisprudenza.

Un aspetto del dibattito giurisprudenziale e dottrinale alquanto variegato e contraddittorio ha interessato soprattutto l'ambito della natura frodatoria degli atti previsti dall'art. 173 l. fall..

Relativamente al valore decettivo degli atti che risultano esser considerati dall'art. 173, primo comma, l. fall. – che è implicito nelle condotte di occultamento tipizzate o di dissimulazione di attivo e di esposizione di passività inesistenti, ed è richiesto in maniera esplicita per le condotte atipiche che rientrano nella categoria residuale - è stato sostenuto<sup>83</sup> che il predetto valore possa esser riferito ad interessi informativi e patrimoniali dei creditori e che appunto in considerazione di una identificazione, tramite interpretazione, della natura consensualistica dell'istituto concordatario, l'art. 173 l. fall. ha una valenza tale da sanzionare quelle situazioni in cui il comportamento doloso leda la formazione di un consenso non "viziato" oppure direttamente incida sulle prospettive di soddisfazione dei creditori.

Seguendo questa impostazione vi sono state delle pronunce<sup>84</sup>, le quali hanno affermato che, in base ai criteri che consentono di individuare gli atti di frode per la revoca della procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 173 l. fall., non possono esser considerati tali eventuali atti distrattivi compiuti dall'imprenditore in un periodo antecedente l'avvio della procedura di concordato e non indicati nella relativa proposta, qualora è pervenuta l'adesione da parte dei creditori sulla base della relazione di cui all'art. 161, comma 2, l. fall. e sulla base della relazione

---

<sup>83</sup> Lo Cascio, "Codice commentato del fallimento", Milano, 2008, p. 1534

<sup>84</sup> Corte App. Genova, 2 luglio 2011; Corte App. Bologna, 14 aprile 2014.

illustrativa del Commissario giudiziale di cui all'art. 172 l. fall., in considerazione del fatto che in detti documenti siano analiticamente descritti lo stato patrimoniale attivo e quello passivo e le operazioni oggetto di contestazione risultino ormai congelate nella contabilità sociale.

La soluzione prospettata, che esalta l'elemento contrattualistico del concordato e, dunque, il necessario consenso che i creditori esprimono in maniera adeguata e correttamente informati circa la situazione patrimoniale del debitore, è stata prospettata anche sulle base di pronunce da parte di tribunali, come quello di Bari, a parer del quale *"[...]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*”<sup>85</sup>.

La rilevanza della pronuncia da parte del tribunale di Bari è testimoniata anche da molte pronunce da parte di altri tribunali che hanno ripreso quanto precedentemente indicato e così hanno seguito l'impostazione fornita dal tribunale del capoluogo pugliese.

Ad esempio possiamo prendere in considerazione una pronuncia da parte del Tribunale di Cagliari<sup>86</sup> che ha indicato come non si dubita dell'importanza riconosciuta agli atti di frode compiuti precedentemente, ma si deve dar rilievo anche a quelle condotte che possono portare all'arresto della procedura e che sono indicate espressamente nel terzo comma dell'art. 173 l. fall., le quali sono compiute in tempo successivo rispetto all'ammissione. In relazione a quanto predetto, dando importanza agli atti distrattivi successivi alla domanda, secondo taluni giuristi, risulterebbe esser sufficiente “sottrarre la cassa il giorno prima del deposito del ricorso” ai fini di una non applicazione della norma.

Una pronuncia fondamentale può esser quella indicata dal Tribunale di Mantova, il quale ha delineato come non si debba dar rilievo alla condotta del debitore, valutata nella sua accezione etica, ma devono esser presi in considerazione quegli atti compiuti dal predetto soggetto che sono destinati ad incidere sulla proposta concordataria, oppure quelli che configurano un pregiudizio in capo al ceto creditorio in relazione alla soddisfazione degli stessi e che sono idonei ad incidere sulla volontà dei creditori al momento della votazione.

---

<sup>85</sup> Trib. Bari, 9 giugno 2010, cit..

<sup>86</sup> Trib. Cagliari, 12 marzo 2009.

Considerando le diverse pronunce offerte dai diversi tribunali possiamo analizzare quanto enunciato da parte del Tribunale lombardo, precisando che gli atti di natura fraudolenta compiuti ai danni di alcun creditori, dopo che il debitore è ammesso al concordato preventivo, in un periodo antecedente alla procedura, quando configurano una responsabilità penale di coloro i quali li hanno compiuti, se non hanno inciso sull'ammissibilità della proposta o se non influenzano l'attendibilità della proposta oppure, continuando, non condizionano il diritto di voto dei creditori, essi non possono legittimare una revoca dell'ammissione ai sensi dell'art. 173 l. fall<sup>87</sup>.

La dottrina<sup>88</sup> ha rilevato che gli atti di frode di cui all'art. 173 l. fall non possono esser qualificati alla luce di un'accezione civilistica o penalistica, ma sono revocati solo in considerazione della loro estrinseca natura ingannatoria nei confronti dei creditori e degli organi preposti, il cui fine è quello di influenzare il ceto creditorio nel percorso che lo condurrà all'espressione della votazione finale della proposta di concordato oppure in relazione ad illeciti compiuti per l'ammissione finale, oppure anche quegli atti illegalmente compiuti nel corso della

---

<sup>87</sup> Tribunale di Mantova, 22 giugno 2011; Ambrosini, "Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza", Fallimento 2011; Trib. Padova, 30 maggio 2013, 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"; Corte d'Appello di Torino, 21 maggio 2013, dove 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".

<sup>88</sup> Racugno, 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".



procedura senza alcuna forma di autorizzazione da parte degli organi preposti.

È stato evidenziato come il giudizio sugli atti di frode si caratterizzi per una distinzione rispetto al requisito della “meritevolezza”, in quanto l’organo giurisdizionale è impossibilitato nel verificare la correttezza di natura professionale e gestionale dell’imprenditore, dovendosi soffermare su di un controllo relativo a possibili abusi della procedura concordataria, obbligando i creditori ad un sacrificio non giustificato da azioni di natura fraudolenta rese da parte del debitore per conseguire quel fine relativo al depauperamento del patrimonio dell’impresa.

Proprio l’elemento della “meritevolezza” ha suscitato delle problematiche in dottrina<sup>89</sup>, in considerazione delle diverse teorie formulate, quali ad esempio quella della qualifica della “meritevolezza” come valutazione della condotta positiva dell’imprenditore come requisito di ammissione alla procedura di concordato preventivo ed attualmente non più qualificata come presupposto di ammissione, mentre diversa è la circostanza che il debitore non abbia compiuto atti di manomissione prima o in un tempo pendente alla procedura concordataria. In questo caso ricadiamo in veri e propri illeciti e non semplicemente in situazioni di fatto riguardanti il semplice requisito della meritevolezza, dato che sono fatti che concretamente portano a dubitare della attendibilità e del fondamento della stessa proposta. Nei casi di accertamento di questi fatti, una conseguenza può esser quella di tramutarsi in fallimento, venendo meno in nessun caso una possibile sanatoria della proposta di concordato.

---

<sup>89</sup> De Crescenzo, “Il nuovo diritto fallimentare”, diretto da Jorio, Bologna 2007.

Il concetto di “atti di frode”, relativamente al suo ambito di operatività, è stato analizzato ulteriormente anche da parte del Tribunale di Milano<sup>90</sup>, stabilendo che, in sintesi, l’abolizione del requisito della “meritevolezza” del debitore non comporta l’abrogazione indiretta dell’art. 173 l. fall. riguardante l’ammissione al concordato preventivo, né la non importanza della situazione concordataria di fronte a violazioni del dovere di correttezza in tal modo gravi come quelle indicate dalle norme. Continuando viene indicato che la norma costituisce l’applicazione del principio di buona fede che deve essere il modello di comportamento del debitore nell’adempimento delle obbligazioni e che trova la sua nascita costituzionale nei doveri inderogabili di solidarietà sociale tutelati dall’art. 2 della nostra Costituzione. Ciò trova conferma nel fatto che la permanenza della norma, anche a seguito delle diverse riforme intervenute, esclude ogni forma di interpretazione volta a determinarne l’abrogazione implicita.

Vari giuristi hanno sostenuto, seguendo un’interpretazione di natura contrattualistica, che l’art. 173 l. fall. segue quella funzione che ha il compito di applicare delle sanzioni in quelle situazioni in cui il comportamento caratterizzato dall’elemento doloso pregiudichi la stessa formazione di un consenso non viziato oppure inficiano direttamente le prospettive di soddisfazione dei creditori<sup>91</sup>.

La giurisprudenza di merito ha sottolineato come la rappresentazione non adeguata della situazione patrimoniale dell’impresa, caratterizzata dall’omessa esposizione di passività reali per significativi importi,

---

<sup>90</sup> Trib. Milano, 19 luglio 2007.

<sup>91</sup> Corte di Appello di Milano, 10 gennaio 2014, 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*”.

rilevate in un tempo successivo dal commissario giudiziale, può esser compreso nella categoria degli “altri atti in frode”, nel caso in cui si delinei l’elemento volontario dei fatti che costituiscono il comportamento fraudolento alla luce di elementi univoci, anche se il disvalore della condotta che comporta la revoca è già presente all’interno della capacità di trarre in inganno i creditori, escludendo dalla valutazione il particolare obiettivo che risulti esser conseguito da parte del debitore<sup>92</sup>.

Seguendo questa strada, è stato dato rilievo al fatto che la norma di riferimento richiede che gli atti compiuti da parte del debitore siano particolarmente ispirati al conseguimento di una finalità “frodatoria” e tale obiettivo non può che avere come destinatario il ceto creditorio.

Questo risultato troverebbe conferma nel fatto che la norma appare ispirata alle identiche esigenze di tutela del ceto creditorio, infatti all’automaticità del fallimento si contrastava l’opinione di chi sosteneva che dovessero esser oggetto di sanzione solo quegli atti che minassero la convenienza del concordato<sup>93</sup>.

Il risultato interpretativo caratterizzato maggiormente da un’accezione rigorosa è quello relativo alla ritenuta persistenza di un valore pubblicistico nel campo del concordato, dato che, se il concordato non prevede più fra i requisiti richiesti la c.d. meritevolezza, è veritiera la circostanza che non possono esser posti nel nulla i reati eventuali commessi dall’imprenditore che hanno danneggiato e possono depauperare il patrimonio secondo la disciplina *ex art. 2740 c.c.*

Nell’ambito di operatività dell’art. 173 l. fall. si è confermato che devono esser prese in considerazione tutte quelle condotte sanzionate dagli artt.

---

<sup>92</sup> Trib. Marsala, 30 luglio 2013.

<sup>93</sup> Corte di Cassazione, 23 giugno 1988, n. 4278; Trib. Firenze, 19 gennaio 1982, n. 1558.

216 e 236 l. fall., confermando che eventuali diminuzioni di denaro piuttosto che occultamenti o distruzioni di beni aziendali da parte del proponente, verificatesi prima della presentazione del ricorso sembrano doversi intendere come altrettante cause di arresto della procedura, nonostante siano poste in un tempo antecedente rispetto alla presentazione del concordato preventivo<sup>94</sup>.

Dunque si è indicato che il debitore che richiede di esser ammesso alla procedura di concordato preventivo e conseguentemente indica ai creditori un attivo differente e maggiore rispetto a quello reale messo a disposizione della procedura, effettua un atto fraudolento, identificabile ad un atto di sottrazione o dissimulazione dell'attivo, dato che rende viziato l'accordo e può esser presupposto per un annullamento del concordato<sup>95</sup>. Seguendo una diversa impostazione, quella che potremmo definire "contrattualistica" (che appare maggioritaria), si è indicato che devono sussumersi rilevanti, per poter interrompere la procedura di concordato preventivo, soltanto quelle tipologie di atti caratterizzati da una natura frodatoria che perseguono il fine di ingannare il ceto creditorio<sup>96</sup>.

Il Tribunale di Milano ha proposto una soluzione parzialmente diversa, attribuendo importanza alla natura e alla tipologia della condotta e non all'attitudine della stessa a influenzare il voto dei creditori: sono stati

---

<sup>94</sup> Corte di Cassazione, 2 aprile 1985, n. 2250, 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.

<sup>95</sup> Trib. Mantova, 18 settembre 2008.

<sup>96</sup> Trib. Piacenza, 4 dicembre 2008.

oggetto di individuazione gli atti di frode rilevanti nella prospettiva del concordato preventivo indicando come “... *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*”.

Relativamente ai predetti principi cui devono esser rispettati dall'interprete, il Tribunale di Milano ha indicato che bisogna circoscrivere l'applicabilità del primo comma dell'art. 173 l. fall. a quei comportamenti che siano tali da rendere illegittimo il ricorso da parte del debitore ad un istituto che garantisca il beneficio dell'esdebitazione, oltre che la riduzione delle pene a seguito del compimento dei reati disciplinati dagli articoli 216 e seguenti della legge fallimentare. Dunque criterio per identificare l'importanza degli “altri atti di frode” dipende dall'impatto che la condotta ha generato nella crisi e il valore della stessa. Risulta difficile sostenere che l'azione che porta ad una menomazione fraudolenta di risorse che hanno come destinatario il soddisfacimento dei creditori non ostacoli la continuazione della procedura nel qual caso abbia determinato la crisi. Seguendo questa impostazione, è permesso dire che assumeranno importanza diversi elementi, come ad esempio l'entità della diminuzione della garanzia patrimoniale dell'imprenditore e il minor disvalore sociale della condotta.

Dopo che risultino esser state enunciate diverse soluzioni, la dottrina ha ritenuto preferibile la tesi che identifica gli atti di frode idonei ad interrompere la procedura in quelli che hanno come fine l'inganno dei creditori, mentre le altre ipotesi risultino esser oggetto di disciplina nella espressa previsione dell'art. 236 l. fall., essendo atti rientranti nella categoria dei reati fallimentari o comuni.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente sostiene che tra gli "atti di frode" sono ricompresi tutti quelli che hanno importanza interna, visto che hanno come fine quello di frodare i creditori, influenzando l'*iter* del consenso sulla base di una erronea o falsa rappresentazione della realtà.

### 3.2.3 Le decisioni della giurisprudenza di legittimità

La Corte di Cassazione<sup>97</sup> è intervenuta cercando di trovare un elemento comune che caratterizzi un collegamento di tipo astratto fra i diversi atti di frode rilevanti secondo l'art. 173 l. fall. indicando, nel rispetto dell'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito, che l'elemento focale è identificato dalla loro conformità ad ingannare i creditori sulle reali previsioni di soddisfacimento nel caso di liquidazione, non dichiarando l'ammontare di parte dell'attivo o dichiarando un passivo maggiore rispetto alla reale situazione affinché la proposta risulti conveniente rispetto alla liquidazione che deriverebbe grazie alla procedura fallimentare.

Secondo l'opinione dei giudici di legittimità si tratterebbero, sostanzialmente, di attività volte a ledere la possibilità per i creditori di effettuare le valutazioni a loro spettanti considerando la consistenza reale e la situazione giuridica effettiva di elementi reali e non dell'impresa; l'identificazione di un comportamento astratto come atto di frode può essere svolta proprio alla luce della predetta opinione dei giudici. Ecco che gli stessi sono arrivati alla conclusione che nessun atto giuridico sul patrimonio del debitore è di per sé qualificabile come atto di frode, ma solo quell'attività svolta da parte del proponente concordatario volto a distrarlo affinché si alteri la percezione da parte dei creditori circa la situazione reale indirizzando la loro valutazione. Sempre continuando secondo questa impostazione, i giudici hanno rilevato che ogni diversa attività interpretativa finirebbe con il render operativo il requisito della meritevolezza, largamente rifiutato dal

---

<sup>97</sup> Corte di Cassazione, 23 giugno 2011, n. 13817.

legislatore promotore della riforma. Circoscrivendo la nostra attenzione agli atti di frode rilevanti ai sensi dell'art. 173 l. fall., essi sono stati valutati anche come uno strumento di "abuso" del concordato preventivo in violazione del principio di buona fede, nel qual caso venga dimostrato che taluni comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati effettuati con l'obiettivo e la prospettiva di utilizzare uno strumento che ponesse i creditori dinanzi ad una prospettiva di garanzie patrimoniali insussistenti, non avendo altra possibilità se non quella di accettare la stessa proposta di concordato, comunque più soddisfacente rispetto alla peggiore situazione della prospettiva liquidatoria. Ovviamente il concordato non è legittimo vista l'attività palesemente contraria a buona fede<sup>98</sup>.

Considerando l'analisi della giurisprudenza di legittimità che stiamo compiendo, risulta doveroso indicare le recenti pronunce della stessa che hanno rilevato come, al fine di sottrarre rilevanza alle predette condotte, si enfatizzi la circostanza che sia insufficiente come il dato contabile sia comunicato ai debitori, determinando più che altro una pretesa al fine di una sua adeguata evidenza e valorizzazione da parte del debitore, per esprimere un'approvazione riguardante il concordato che risulti esser basata su dati reali e possano ben comprendere il pregiudizio di natura economica che comportino questa condotte.

La Suprema Corte di Cassazione ha evidenziato l'evoluzione che c'è stata sottolineando che in un primo momento<sup>99</sup>, nell'operatività della

---

<sup>98</sup> Corte di Cassazione, 10 febbraio 2011, n. 3274; Nisivoccia, "Alcuni principi in tema di concordato fallimentare"; Perrino, "Abuso del diritto e concordato fallimentare: un tentativo di affermare il principio della giustizia contrattuale"; Fabiani, "La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo", in Giust. civ., 2012; Ambrosini, "Il sindacato sulla fattibilità del piano concordatario"; Costanza, "Perché ricorrere alle clausole generali quando è sufficiente l'applicazione della norma positiva?", in Fallimento, 2009, p. 463 ss..

<sup>99</sup> Corte di Cassazione, 25 gennaio 2007, n. 1655.



formulazione antecedente del concordato preventivo, si era giunti ad una circoscrizione dell'ampia definizione del concetto di frode, sostenendo successivamente invece la non necessarietà del ricorso di nuove circostanze, differenti a quelle precedentemente analizzate in occasione dell'ammissione al concordato, avendo perennemente la possibilità di definirsi un nuovo giudizio circa i presupposti ai fini del buon esito della procedura concorsuale<sup>100</sup>.

Dopo questa indicazione, sono intervenuti i Giudici di legittimità in merito ai confini da assegnare agli "atti di frode" precisando alcune tematiche rispetto ai precedenti casi<sup>101</sup>. Veniva evidenziata la violazione del primo comma dell'art. 173 l. fall. nel caso soggetto all'analisi da parte della Corte di Cassazione, visto che detta norma era stata oggetto di applicazione, ma nel caso concreto le condotte qualificate come "atti di frode" non erano state oggetto di accertamento da parte del Commissario Giudiziale.

Secondo l'opinione di chi aveva effettuato il ricorso, era facile l'individuazione sia delle condotte che delle persone fisiche responsabili di questi comportamenti, non qualificando le stesse condotte "frodatorie" ai sensi dell'art. 173 l. fall..

---

<sup>100</sup> Corte di Cassazione, 23 giugno 2011, n. 13818; Corte di Cassazione, 23 giugno 2011, n. 13817.

<sup>101</sup> Può esser riportata una precedente pronuncia della Corte di Cassazione per comprender meglio il caso concreto, partendo però da una sintesi dell'intero caso: il Tribunale di Siracusa ammetteva una società per azioni alla procedura di concordato preventivo, ma, come conseguenza del deposito della relazione del commissario giudiziale, avviava 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 si delineava che la società debitrice aveva "rappresentato una realtà imprenditoriale non veritiera, idonea ad orientare il voto dei creditori, snaturandolo e falsandolo". In particolare, il Tribunale riconosceva come fondamento della revoca del decreto di ammissione alcuni pagamenti 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 valutazione del comportamento tenuto, il Tribunale di Siracusa ravvisava un'ipotesi di abuso del diritto: identificando la violazione della regola di correttezza e buona fede quale limite implicito per l'accesso al concordato preventivo.

Dunque, il concordato poteva proseguire dato che i creditori erano posti nella situazione di analizzare tali comportamenti e decidere al momento della votazione, sulla base del fatto che avevano reso palesi i “dati” che integravano le fattispecie disciplinate dall’art. 173 l. fall.

La Suprema Corte ha richiesto che tale atteggiamento non deve esser semplicemente indicato, ma deve esser illustrato analiticamente e sottolineato dal debitore proponente, ulteriormente ribadendo che questi atti non possono esser più oggetto di individuazione nei semplici atti in frode ai creditori e che per aver rilievo ai fini di una revoca debbano risultare idonei a ledere il consenso informato dei creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento nel caso di liquidazione.

Nell’interpretazione sistematica e letterale, il riferimento agli atti “accertati” dal Commissario giudiziale ricomprende la situazione di fatto non adeguatamente e completamente esposta in sede di proposta di concordato e negli allegati, che può esser definito “accertato” dal predetto soggetto, in quanto individuata nella sua totalità ed importanza in merito alla corretta informazione dei creditori soltanto successivamente.

È qualificata come fondamentale la pronuncia della Corte di Cassazione perché, in tale prospettiva, acquisteranno rilevanza specifica non solo i fatti non dichiarati, ma anche quei fatti non oggetto di esposizione palese in relazione alla loro gravità nella proposta, con un riferimento specifico alla sottovalutazione volontaria determinatasi, senza alcun riferimento a fatti rilevanti, omettendo l’indicazione dei soggetti coinvolti nelle operazioni e nei confronti dei quali si sarebbe potuto agire, nella occulta estrinsecazione dei legami societari<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> Trib. Milano, 28 aprile 2011, ove si affermava che “... il fatto che la preordinata scelleratezza dell’operazione sia emersa in tutta la sua chiarezza soltanto quale conseguenza degli accertamenti

Ecco che risulta esser evidente come la Corte di Cassazione individua un elemento ulteriore affinché le condotte frodatrici non siano identificate come preclusive alla continuazione della procedura concordataria: è richiesta l'espressa indicazione dei comportamenti fraudolenti commessi in un tempo antecedente rispetto alla presentazione del concordato, cosicché vengono denunciate le conseguenze economiche ai fini concordatari, per render consapevoli i creditori dei vantaggi eventuali in favore di alcuni di essi o di terzi e permettendo loro di poter votare contrariamente alla proposta.

Sempre seguendo la colonna portante dell'intera disciplina concorsuale, quale la tutela del ceto creditorio, la Suprema Corte ha esteso maggiormente il campo delle fattispecie rilevanti ai sensi dell'art. 173 l. fall., indicando che l'importanza della natura fraudolenta degli atti posti dal debitore e decettivi nei confronti dei creditori, è identificabile anche se il pregiudizio effettivamente realizzato sia stato reso palese ai creditori in un momento antecedente al voto<sup>103</sup> e successivamente a tale avviso vi sia stato un voto di segno positivo da parte della maggioranza degli stessi.

Si ritiene che nel caso in cui i creditori approvino la proposta concordataria, anche se sono consapevoli della frode compiuta da parte dello stesso, il giudice è soggetto ad un potere-dovere di revoca di ammissione al concordato e senza alcuna possibilità di presa di posizione da parte dei creditori. La domanda sorge spontanea, perché revocare la stessa anche quando c'è stata un'approvazione da parte del ceto

---

*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 essere prima della presentazione della domanda di concordato".*

<sup>103</sup> Corte di Cassazione, sez. I, 26 giugno 2014, n. 14552.

creditorio, il quale era pienamente consapevole della frode da parte del debitore? La *ratio* sta nella circostanza di evitare che con questo non si debba dimostrare una non affidabilità del debitore e quindi un ostacolo insormontabile alla prosecuzione della procedura<sup>104</sup> che renda obbligatoria, alla fine, l'approvazione della stessa.

Sempre compiendo un'interpretazione dell'art. 173 l. fall. legato alla tutela del ceto creditorio, si giunge all'analisi della posizione dei creditori dissenzienti, i quali, concretamente, sono soggetti al rischio di azzeramento del loro voto nella maggioranza. Risulta lapalissiano, infatti, che anche in presenza di atti fraudolenti a livello oggettivo, proprio a seguito dell'approvazione da parte della maggioranza dei creditori, non risulterebbero in grado di interrompere la procedura di concordato preventivo. Proprio in questa prospettiva interpretativa, la rigorosa e moderna giurisprudenza della Corte di Cassazione, non può che esser vista solo in senso positivo, riconoscendo il beneficio del concordato preventivo solo nei confronti di coloro i quali, in maniera corretta e palese ed esponendosi ai rischi di un'azione penale eventuale, dichiarano ed esplicano le condotte di natura frodatrice compiute in passato.

---

<sup>104</sup> Corte di Cassazione, sez. I, 26 giugno 2014, 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”*.

### 3.2.4 L'elemento soggettivo

Le azioni di cui al primo ed al secondo comma dell'art. 173 l. fall. hanno un elemento comune che li accomuna, caratterizzato dall'attitudine a trarre in inganno il ceto creditorio in relazione alle prospettive reali di soddisfacimento in caso di attività liquidatoria, rendendo privo lo stesso ceto delle informazioni essenziali al fine di un giudizio corretto sulla convenienza o meno della proposta di concordato preventivo rispetto all'ipotesi fallimentare.

I commi anzidetti quindi, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, avrebbero la funzione di tutelare l'interesse dei creditori ad una informazione veritiera e corretta riguardante la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'imprenditore affinché possa esser espresso un voto informato e non viziato in sede di votazione. Il legame che intercorre fra tutti i vari comportamenti, cioè l'elemento della frode, non richiede alcun dolo specifico: se così fosse, invece, si riconoscerebbe alla norma una natura sanzionatoria che non può ravvisarsi alla luce dell'abolizione del requisito di meritevolezza.

L'elemento del dolo a cui fa riferimento l'art. 173 l. fall. deve ritenersi caratterizzato dalla semplice consapevolezza dei comportamenti e della loro propensione ad ingannare coloro i quali vantano un diritto di credito, non considerando l'eventuale obiettivo ingannevole preordinato a raggiungere ingiusti vantaggi tramite il concordato preventivo.

La giurisprudenza ritiene che nel qual caso è omessa l'indicazione tra le passività di un debito certo, ma considerato inesistente, e oggetto di contestazione da parte del debitore, il tribunale debba procedere alla revoca del concordato preventivo dato che non la volontà dei creditori

non si sarebbe ritualmente formata ai fini dell'approvazione finale dello stesso concordato.

Dei dubbi sono evidenziati da parte della dottrina<sup>105</sup>, indicando come sussistano delle incertezze in merito all'ipotesi riguardante l'inclusione tra gli atti in frode di comportamenti quali il falso in bilancio, proprio perché la dottrina ritiene che il bilancio rappresenta il documento di sintesi che consente di identificare la situazione economica dell'impresa in crisi.

Proprio seguendo questa prospettiva, si ritiene che l'utilizzo di dati contabili che risultano esser oggetto di alterazione integri proprio la condotta di cui al primo comma dell'art. 173 l. fall., sempre se il debitore non compia una piena "*confessio*" riguardante le alterazioni e pagandone le pesanti conseguenze di carattere penale che ne derivino.

---

<sup>105</sup> Attanasio, "La revoca del concordato preventivo con cessione dei beni in presenza di atti di frode ai creditori", pp. 589 ss.

### 3.3 La “confessio” salvifica riguardante gli atti in frode ai creditori

#### 3.3.1 L’area del dibattito

In questo paragrafo (3.3) sarà analizzato, in maniera più approfondita, un tema che è stato già trattato in parte precedentemente (sottoparagrafo 3.2.3): la “confessio” salvifica.

Riguardante l’interpretazione delle disposizioni dell’art. 173 l. fall. si è delineato il momento cruciale del dibattito sulla natura dell’istituto del concordato preventivo, tra i sostenitori della tesi pubblicistica e i fautori della tesi della sua natura privatistica<sup>106</sup>.

Proprio considerando le disposizione dell’art. 173 l. fall. si delineano quelle sfumature che prepotentemente avvalorano la conclusione dei profili pubblico-giurisdizionali riguardanti l’istituto. Senza dubbio il riconoscimento del potere nei confronti del tribunale di poter interrompere la procedura, nei casi di segnalazione di fatti specifici da parte del commissario giudiziale, costituisce la prova confermata del riconoscimento della necessità dell’azione del giudice ai fini di una funzione garantista per il corretto svolgimento sia formale che sostanziale della procedura.

Tutte queste problematiche venutesi a formare non sono il frutto derivante dalla pressione di commentare il nuovo diritto fallimentare del 2005, data l’implicita abrogazione, almeno parziale<sup>107</sup>, sostenuta

---

<sup>106</sup> Lo Cascio, “Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne”, Rivista 2013.

<sup>107</sup> G. Canale, “Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione”, Padova, 2005, p. 208; L. D’Orazio, “Profili di diritto transitorio nel nuovo concordato preventivo”, Milano, 2005, p. 299; M. Fabiani, “Commento sub artt. 6-7”, in Commentario Jorio-Fabiani, Bologna, 2006, p. 141; S. Ambrosini - P.G. De Marchi, “Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di

inizialmente da alcuni autori. I primi dubbi furono superati, anche sulla base del consenso di chi aveva sostenuto la tesi dell'abrogazione implicita, grazie all'intervento di natura correttiva dell'art. 14 D.L. n. 169/2007, con il quale il legislatore, nel riformulare la norma, confermò totalmente tutte le fattispecie sostanziali che comportavano l'arresto della procedura. Dunque nessuna parvenza di dubbio poteva più esistere in relazione alla vera volontà della legge<sup>108</sup> e così la problematica si trasferì intorno alla identificazione di quali fossero e se esistessero, addirittura, relativamente alle singole fattispecie che rendevano legittimo tale potere, limitazioni alla possibilità di decretare l'interruzione della procedura per il tribunale.

In merito al riconoscimento del potere nei confronti del tribunale di interrompere la procedura sulla base del disposto del comma 3 dell'art. 173 l. fall., è intervenuta la Suprema Corte con una famosissima sentenza del 23 gennaio 2013, n. 1521, la quale ha indicato che il potere di indagine e di intervento del giudice deve esser circoscritto alla semplice valutazione dell'esistenza della "fattibilità giuridica"; questa deve delinearsi relativamente alla causa concreta del procedimento, riscontrabile nella possibilità per l'imprenditore di regolare la crisi per mezzo di un accordo con i suoi creditori basato sulla consapevolezza totale da parte degli stessi relativamente alla situazione patrimoniale reale del proponente.

In considerazione di ciò si intuisce il rifiuto da parte del giudice di legittimità dell'idea che la natura del concordato possa esser

---

ristrutturazione dei debiti", Milano, 2005; G. Bozza, "Le condizioni soggettive e oggettive del nuovo concordato", Rivista, 2005; G. Bozza, "Il giudizio di omologazione, la chiusura della procedura e il regime transitorio", 2005; V. Iannello, "Il nuovo diritto fallimentare", Milano 2006, p. 397; S. De Matteis, "Questioni vecchie e nuove in tema di concordato preventivo", in Rivista 2005.

<sup>108</sup> Lo Cascio, "Il concordato preventivo", Milano 2007.



riconducibile ad una categoria giuridica unitaria. Anche se vi è una enfaticizzazione dei profili privatistici, il rifiuto della soluzione contrattualistica pure sembra palese nell'affermazione dell'esistenza di evidenti manifestazioni di riflessi pubblicistici, determinati dalla necessità avvertita di prender in considerazione anche gli interessi di soggetti potenzialmente non aderenti alla proposta, però esposti alle conseguenze di un'approvazione non condivisa e applicati mediante la determinazione di un insieme di regole di natura processuale non derogabili, ai fini di una informazione corretta dell'accordo intercorrente tra debitore e creditori, in aggiunta con il rafforzamento dei margini di intervento del giudice in chiave garantista<sup>109</sup>. Da questa breve disamina si delinea l'applicazione del principio di buona fede e correttezza (*ex art. 1337 c.c.*) come principio cardine posto alla base delle trattative intercorrenti per la formazione del contratto, dando rilievo alla categoria degli "altri atti di frode", visto che non può esser legata al generale requisito della meritevolezza.

---

<sup>109</sup> Corte di Cassazione, 23 giugno 2011, n. 13817; P. Censoni, "Il concordato preventivo: organi, effetto, procedimento", in "Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma", Bologna 2010, ritiene che solo gli atti volti a trarre in inganno i creditori in vista dell'adunanza *ex art. 174 l. fall.* possano aver rilevanza ai fini della norma in esame; G. Fauceglia, "Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura", Torino 2009; S. Ambrosini, "Per un'interpretazione "evolutiva" della fattispecie "altri atti in frode" di cui all'art. 173 l. fall."

### 3.3.2 Il confuso contraddittorio dottrinale e giurisprudenziale di merito: gli atti in frode ai creditori

Riprendendo l'analisi già compiuta nel capito precedente (3.2), possiamo qui analizzare quali sono state le problematiche che hanno portato ad un confuso dibattito tra giurisprudenza e dottrina, con la prospettiva di soluzioni finali alquanto divergenti da caso a caso.

Precisamente, l'argomento oggetto di analisi è stato quello relativo all'ipotesi residuale degli "altri atti di frode", attinente al tema della sindacabilità da parte del giudice circa la fattibilità del piano.

I sostenitori della tesi riguardante la necessità di un comportamento etico ineccepibile del debitore anche in un momento antecedente il deposito della domanda di concordato, posto come condizione di procedibilità dello stesso, sostenevano che il concetto di frode dovesse prendere in considerazione qualsiasi condotta volontaria dello stesso che avesse inciso negativamente sulla garanzia patrimoniale *ex art. 2740 cc*<sup>110</sup>.

Seguendo la linea dei sostenitori della tesi più rigorosa, viene ad esser indicato come una semplice contestazione da parte del commissario riguardante la falsità di bilanci precedenti avrebbe determinato il sorgere di una fattispecie di frode rilevante ai sensi dell'art. 173 l. fall. e dunque idonea a interrompere la procedura. Questa estremizzazione del pensiero

---

<sup>110</sup> U. De Crescenzo, "Articolo 173. Dichiarazione del fallimento nel corso della procedura", in "Il nuovo diritto fallimentare: Commentario", Bologna 2007; Racugno, "I presupposti. La dichiarazione di fallimento. Le soluzioni concordatarie", in "Trattato di diritto fallimentare", Padova 2010; D. Galletti, "La revoca dell'ammissione al concordato preventivo", in *Giur. comm.* 2009; Filocamo, "L'art. 173, primo comma l. fall. nel "sistema" del nuovo concordato preventivo", p. 1474; P. Bosticco, "Degli effetti dell'ammissione al concordato preventivo", in "Le procedure concorsuali", Torino 1996; L. Pica, "Il concordato preventivo", in "Fallimento e concordati", Torino 2008; M. Vitiello, "L'omologazione del concordato", in "Il concordato preventivo e la transazione fiscale", Bologna 2009; Corte d'App. L'Aquila 10 ottobre 2012; Trib. Milano 24 novembre 2011; Trib. Roma 20 aprile 2010 n. 2253; Trib. Milano 20 luglio 2007.

oggetto di studio ha incrementato un certo pregiudizio di fondo sulla figura dell'imprenditore insolvente, a causa del quale si ritiene che la tutela dell'interesse dei suoi creditori sarebbe dovuta esser riscontrata nella sua punizione che nel permesso per costoro di scegliere senza condizionamenti quale soluzione della crisi potesse esser migliore per loro.

I presupposti che il legislatore aveva soppresso dal giudizio di ammissione (come ad esempio la regolare tenuta contabilità almeno per l'ultimo biennio, o quello della meritevolezza relativo al n. 4) dell'art. 181 l. fall.) secondo quest'ottica, avrebbero conservato la loro rilevanza nell'ambito dell'applicazione delle disposizioni dell'art. 173 l. fall., e ciò tenendo conto della circostanza che essi costituirebbero l'argine, ad oggi ancora vigente, dell'opportunità di accedere alla procedura anche se lo stesso debitore non avesse tenuto dei comportamenti corretti. In pratica, il controllo attinente il requisito della meritevolezza continuerebbe ad esistere secondo alcuni giuristi, ma lo stesso requisito sarebbe attualmente collocato diversamente, cioè unificato all'art. 173 l. fall., e la sua esistenza delegata all'indagine del commissario giudiziale.

La riforma non avrebbe affatto contenuto, come invece determinato dalle Sezioni Unite, i profili pubblicistici della procedura, e sarebbe tutto rimasto immobile, come quando l'imprenditore, ai fini della possibilità di accesso al concordato, doveva esser "vittima non colpevole dell'area commerciale e industriale"; non aver "affrontato le vicende del commercio senza mezzi adeguati, con leggerezza e spavalderia"; allo stesso modo non aver "cercato di evitare gli effetti inevitabili della sua azione con tentativi disastrosi per i creditori"<sup>111</sup>. Secondo questa

---

<sup>111</sup> L. Bolaffio, "La legge sul concordato preventivo e sulla procedura dei piccoli fallimenti", Verona 1903; la Relazione Gianturco sul progetto di legge del 1903: "Vuolsi che il beneficio del concordato

concezione, il concordato preventivo dovrebbe continuare ad esser riconosciuto solo nei confronti del “commerciante onesto ma sfortunato” di antica memoria.

Alla fine della revoca dell’ammissione assumerebbero valenza tutte quelle condotte, anche se antecedenti rispetto alla presentazione della domanda di concordato, che avessero determinato o aggravato lo stato di crisi. Proprio alla luce di questa impostazione si è venuta a teorizzare la circostanza che una contestata frode IVA carosello, ancora non analizzata in un giudizio di primo grado tributario, potesse avere rilevanza ai fini della decisione di arresto della procedura<sup>112</sup>. Ulteriormente si ritiene che fossero causa di interruzione della procedura anche quegli atti depauperativi che avessero “*concorso a determinare le dimensioni conclusive del dissesto e quindi presentino una incidenza attuale sulla posizione dei creditori sotto il profilo della significativa alterazione delle [loro] possibilità di soddisfacimento*”<sup>113</sup>, oppure la non rappresentazione di fatti passati rilevanti aventi valenza gestionale, rendendo impossibile ai creditori esprimere un consenso pienamente informato e incondizionato<sup>114</sup>. In aggiunta, sarebbe considerata idonea a determinare un effetto simile, la mancata menzione della sussistenza di elementi idonei a determinare l’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori<sup>115</sup>.

In contrapposizione a questa tesi maggioritaria ve ne è un’altra non condizionata quanto questa dalle vicissitudini passate riguardanti l’assetto normativo, che ha delineato la necessità di distinguere tra atti

---

si conceda soltanto a chi ne è meritevole; a chi in altre parole, si dimostri vittima incolpevole delle fortunate vicende della speculazione”.

<sup>112</sup> Trib. Milano 24 aprile 2007.

<sup>113</sup> Trib. Milano 24 novembre 2011, cit..

<sup>114</sup> Trib. Napoli 4 gennaio 2012.

<sup>115</sup> Trib. Monza 25 novembre 2011.

aventi incidenza sul giudizio del comportamento etico tenuto dal debitore nel periodo antecedente alla proposta concordataria (dunque neutri relativamente all'applicazione della sanzione dell'interruzione della procedura) e quelli che, al contrario, sono finalizzati a conseguire ingannevolmente e con dolo il voto favorevole dei creditori, oppure che riscontrano nella domanda di concordato il loro "salvagente". Pertanto, seguendo questa corrente, non sarebbero considerati atti in frode ai creditori gli atti di *mala gestio*, distanti dall'apertura della procedura, quali la falsità dei pregressi bilanci e il compimento di atti soggetti a revoca<sup>116</sup>.

La necessità di un intervento di legittimità sulla questione era, ormai, divenuta un'esigenza insopprimibile a causa del grandissimo numero di ricorsi promossi per l'interruzione della procedura e le differenti soluzioni che a questi ricorsi venivano date anche nello stesso tribunale<sup>117</sup>.

Sulla necessità di una pronuncia da parte della Corte di Cassazione è già stato dedicato un paragrafo (3.2.3) di questa tesi che indica la via interpretativa seguita dalla stessa, considerando anche il tema della "confessio" salvifica, di evidente derivazione confessionale, che è stata ripresa anche da parte della Suprema Corte, attinente appunto ad una

---

<sup>116</sup> Ambrosini, "Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti", in "Trattato di diritto commerciale", Padova 2008; Calandra Buonauro, "Enc. Del diritto annali dal 2007", voce "Concordato preventivo", Milano 2008; Trib. Mantova 12 luglio 2012; Trib. Torino 6 marzo 2006; Corte d'App. Firenze 19 marzo 2009; Corte d'App. Ancona 3 marzo 2009; Trib. Bari 7 aprile 2010; Trib. Piacenza, 4 dicembre 2008.

<sup>117</sup> In antitesi alle pronunce in n. 7 della medesima corte territoriale, Trib. Milano 3 novembre 2011, secondo il quale l'omessa comunicazione di fatti di *mala gestio*, giustificanti l'esercizio di azioni risarcitorie, non costituisce ai sensi dell'art. 173 l. fall. atto di frode in assenza di un danno effettivo alle ragioni della società e/o dei terzi creditori e qualora il risarcimento da responsabilità gestoria sia qualificabile solo come attività potenziale.

piena autodenuncia riguardante i comportamenti pregressi non meritevoli<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> S. Ambrosini, “Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza”; V. Zanichelli, “I concordati giudiziali”, Torino 2010; Corte d’App. L’Aquila 10 ottobre 2012; Corte d’ App. Milano 4 ottobre 2007; Trib. Siracusa 11 novembre 2011.

### 3.3.3 La critica alla tesi della “*confessio*” salvifica

La tesi enunciata da parte della Corte di Cassazione, la quale indica come sarebbero indenni dall'applicazione di sanzioni dell'art. 173 l. fall. quelle tipologie di atti di frode confessati nella domanda, non lascia soddisfatti la totalità dei giuristi, ma al contrario potremmo parlare di una confusione che risulti esser ingenerata dato che solo e soltanto quegli atti di *mala gestio* che la Suprema Corte esclude possano integrare la fattispecie di natura frodatoria rilevante, e neanche la considerazione degli stessi tra gli “altri atti” potrebbe esser oggetto di confessione senza aver rilevanza alcuna su quella “estrema non affidabilità del debitore” che rende obbligatorio l'arresto della procedura.

Le ragioni poste alla base della non accettazione della tesi sono molteplici.

La prima delle ragioni ruota attorno al concetto di frode (inganno diretto a danneggiare un altrui diritto), che si caratterizza per due elementi caratteristici: il fine di perseguire, tramite inganni, astuzie o raggiri<sup>119</sup>, un obiettivo che difficilmente si perseguirebbe se non con l'azione; talché si deve rigettare che possa esistere un tentativo di frode, cioè seguita dall'elemento confessorio, visto che la stessa si identifica come atto illecito a consumazione anticipata<sup>120</sup>. Quel che assume importanza è che il debitore abbia effettuato quello specifico atto, palesandosi come

---

<sup>119</sup> G. Bonelli, “Del fallimento”, Milano 1923; A. Bonsignori, “Del concordato preventivo”, Bologna 1979; S. Satta, “Diritto fallimentare”, Milano 1996.

<sup>120</sup> Corte di Cassazione, Sez. penale, sentenza 23 giugno 2005, n. 23615, per la quale il delitto di frode processuale, è reato di pericolo, a consumazione anticipata, ed è integrato da qualsiasi immutazione artificiale dello stato dei luoghi o delle cose, commessa al fine di inquinare le fonti di prova o di ingannare il giudice nell'accertamento dei fatti. Costituendo tale finalità il dolo specifico e non un elemento oggettivo del reato, il fatto che il giudice non abbia ancora disposto l'assunzione del mezzo di prova non assume alcuna rilevanza ai fini della configurabilità del reato; G. Lattanzi, “Codice Penale. Annotato con la giurisprudenza”, Milano 2010; A. Anceschi, “Inadempimenti e responsabilità civile, penale e disciplinare dell'avvocato”, Santarcangelo di Romagna 2011, p. 182.

soggetto contraente completamente non affidabile, affinché risulti ammesso a concludere un accordo che risulta vincolante solo e soltanto grazie all'omologazione da parte del tribunale.

Ai fini di una rimozione dell'atto oggetto di confessione, risulta esser necessaria la rimozione del risultato conseguito, la semplice confessione non è una condizione sufficiente ai fini della rimozione dell'atto e per questo fra i giuristi si parla anche di ontologica incompatibilità del concetto di *disclosure* rispetto a quello di frode.

Ai fini dell'individuazione della frode, essa presuppone un fine ottenuto con l'inganno ed il raggiro, ed appunto esso non può determinarsi dando comunicazione alla controparte che la si è ingannata; ad esempio, se si determina una sottrazione dalla cassa prima del deposito della domanda, il raggiro si è compiuto e nessuna divulgazione può farla venir meno, visto che i dissenzienti non possono esser soggetti al volere di una maggioranza che avrebbe la possibilità di avere interesse a concludere l'accordo anche in presenza di simili atti.

Come enunciato da parte della Corte di Cassazione, la confessione potrebbe avere valenza solo per quegli atti lesivi della garanzia patrimoniale e per quegli atti di *mala gestio* in generale, in relazione ai quali la stessa Corte ha escluso la possibile applicazione delle disposizioni dell'art. 173 l. fall.. Tali atti, non avendo un collegamento con la proposta di concordato preventivo, ed essendosi compiuti in un tempo risalente, hanno comportato ad un risultato non più removibile, se non sulla base di un risarcimento. Ecco perché, se una loro confessione potesse costituire uno degli altri atti di frode, allora una completa *disclosure* eliminerebbe l'ipotesi frodatoria odierna che si formerebbe dalla mancata *confessio*.



Dopo aver analizzato questa prima ragione di dissenso, possiamo passare alla seconda che deve esser individuata all'interno del secondo e del terzo comma dell'art. 161 l. fall., i quali commi disciplinano il contenuto ed il corredo del ricorso del concordato preventivo<sup>121</sup>. Dallo studio dell'articolo precedentemente indicato, si evince che nessuna delle informazioni richieste al debitore ha per oggetto, anche a livello generale, riferimenti alla pregressa gestione o ai motivi del dissesto. Le notizie richieste riguardano l'attualità e il futuro, come ad esempio il piano concordatario, le modalità e i tempi di attuazione.

Considerando il lavoro compiuto dal legislatore, non può sostenersi che lo stesso abbia voluto, nell'ambito dell'art. 173 l. fall., introdurre l'applicazione di una sanzione per comportamenti di omertà su circostanze di cui il debitore non ha alcun obbligo di riferire. Risulterebbe esser anticostituzionale la comminazione di una sanzione, anche se la stessa non fosse penale, in assenza di una prestazione imposta dallo stesso legislatore. Considerando ciò, i creditori non saranno chiamati ad esprimere un voto non informato riguardante un comportamento pregresso del debitore; si determinerà un'attività del commissario che riferirà sui motivi del dissesto e sul comportamento del proponente.

---

<sup>121</sup> *“Il debitore deve presentare con il ricorso:*

*a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;*  
*b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;*  
*c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;*  
*d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;*  
*e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta”.*

*“Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lett. d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano”.* – art. 161, comma 1, 2, legge fallimentare.

Non si può denunciare una lacuna normativa o un'incoerenza tra vecchio e nuovo ordinamento giuridico, in quanto, dalla combinazione contenutistica effettuata dal proponente e dal commissario, emerge una completezza informativa in correlazione alla quale i creditori esprimono il loro voto. Considerando il venir meno del requisito di meritevolezza, il debitore non deve più fornire informazioni circa le situazioni pregresse tenute dallo stesso e neppure indicare i motivi posti alla base del dissesto; è un compito riservato al commissario giudiziale e di cui ne terranno conto i creditori.

Non a caso le circostanze frodatrici tipiche riguardano le documentazioni e le relazioni che sono disciplinate espressamente dalla lett. a) alla lett. d) dell'art. 161 l. fall., cosicché, se la residuale categoria, sulla base della pronuncia della Corte di Cassazione<sup>122</sup>, deve ricomprendere atti della stessa categoria, è palese come un solo atto che possa aver inciso in maniera dolosa, nel deposito della domanda riguardante la situazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla identità dei creditori (dei crediti e della garanzie che li assistono), sulla garanzia che i terzi creditori hanno sui beni di cui è proprietario il proponente e sul valore dei beni dei soci illimitatamente responsabili, potrà esser determinante ai fini dell'applicazione della sanzione prevista dall'art. 173 l. fall. e non potrebbe venir meno la sussistenza della frode nei casi di confessione da parte dello stesso debitore. Una volta rilevata la frode, si determinerà l'automatica interruzione della procedura sulla base anche delle pronunce della Corte, riguardante il fatto che il proponente, che modifichi dolosamente il proprio assetto patrimoniale arrecando pregiudizio ai creditori, non può godere del beneficio del

---

<sup>122</sup> Corte di Cassazione, 23 giugno 2011, n. 13817.

semplice voto favorevole della maggioranza. Proprio seguendo questa impostazione la dottrina è rimasta dubbiosa circa la pronuncia da parte della Corte nella quale ritiene incidente una distribuzione di dividendi effettuata un anno prima della richiesta di ammissione alla procedura.

La terza corrente critica che viene a formarsi è quella riguardante il rapporto intercorrente tra la disciplina dell'art. 173 l. fall. e l'art. 111 Cost. che indica i principi costituzionali del "giusto processo". Proprio in considerazione dei vari rapporti sistematici intercorrenti fra le diverse branche del diritto, il primo aspetto che deve esser risolto è quello riguardante le antinomie, le quali possono solo far riferimento a tematiche dell'interpretazione, visto che l'ordinamento non le vede di buon occhio<sup>123</sup>. È un lavoro dell'interprete eliminarle, trovando un'interpretazione che non ne è intaccata.

Iniziando l'analisi, possiamo partire dall'interpretazione del disposto del comma 1 dell'art. 173 l. fall., secondo la quale la "*confessio*" della frode risulterebbe esser la garanzia per il proponente ai fini di una eventuale revoca dell'ammissione e la stessa si porrebbe in contrasto con gli artt. 63 e 64 c.p.p., dato che renderebbe privo il debitore delle garanzie indirette e dirette che le norme riconoscono. Infatti, qualificando il debitore come soggetto sensibile all'imputazione *ex art. 236 l. fall.* e conseguentemente soggetto alla tutela prevista dall'art. 63 c.p.p., risulta evidente che il pretendere la totale confessione delle frodi compiute costituisca la menomazione di quel diritto a non render dichiarazioni di natura confessoria riconosciuta alla persona soggetta all'attività di indagine sulla base del disposto dell'art. 63 c.p.p.. Inoltre, a colui il quale ha reso la confessione, non potrebbe esser riconosciuto un altro diritto

---

<sup>123</sup> R. Guastini, "Le fonti del diritto e l'interpretazione", in Trattato di diritto privato, Milano 1993, pp. 412-421.

previsto all'interno del nostro ordinamento giuridico, cioè quello della contestazione dell'utilizzabilità (art. 63, comma 2 c.p.p.), dato che le stesse sono state fornite al di fuori del relativo procedimento<sup>124</sup>. Palese sarebbe la violazione dell'art. 111, comma 1 Cost., il quale indica: "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale". Invece, il processo, risulterebbe esser iniziato con la semplice acquisizione di una confessione non dovuta, in tempo molto antecedente rispetto all'avvio delle indagini preliminari da parte del Pubblico Ministero e in una condizione al fine di ottenere un'ammissione alla procedura di concordato. Non solo si determinerebbe violazione dell'art. 111 Cost., ma avremmo anche violazione degli artt. 3 e 24 Cost. visto che non sarebbe garantita alcuna tutela disposta dagli artt. 63 e 64 c.p.p. nei confronti dell'imprenditore che vuol accedere alla procedura.

Alcuni giuristi, invece, avevano indicato la necessità dell'autodenuncia come condizione dell'applicazione delle disposizioni dell'art. 173 l. fall., in relazione alla conseguenze che avrebbe potuto portare in pendenza di un processo di carattere penale.

Per meglio comprendere la portata dell'argomento possiamo prender in considerazione anche il principio del diritto al silenzio, enunciato anche dalla Corte di Strasburgo, che gode della competenza a giudicare sulle violazioni dei diritti dell'uomo ed essendo un elemento cardine del principio del "giusto processo"<sup>125</sup>. La stessa ha precisato che le garanzie del "giusto processo" si applicano ad ogni fase del procedimento penale, secondo un'accezione unitaria. Nella fase preliminare, la Corte di

---

<sup>124</sup> Corte di Cassazione, 30 aprile 2014, n. 43552; Corte di Cassazione, 18 aprile 2008, n. 36593; Corte di Cassazione, sez. penale, 4 ottobre 2004, n. 46795.

<sup>125</sup> Sent. 11 luglio 2006, caso "Jalloh c. Germania".

Strasburgo ha indicato che la garanzia della ragionevole durata del processo e del diritto di difesa assume rilevanza anche in questa fase. Quindi l'interpretazione sarebbe in palese contrasto con i principi CEDU; contrasti che non sono solo rilevanti a livello nazionale, ma anche a livello sovranazionale.

La Corte Costituzionale si è espressa in relazione a questo tema con le pronunce del 2007 n. 348 e 349, relativamente all'art. 117, comma 1, Cost.<sup>126</sup>, nelle quali pronunce ha effettuato un richiamo esplicito ai vincoli derivanti dall'ordinamento europeo e dagli obblighi internazionali. Sul tema la Corte Costituzionale ha identificato le norme CEDU come norme intermedie tra le norme costituzionali e le norme nazionali e che hanno prevalenze sulle ultime. Secondo la disciplina generale, non può esser riconosciuto un potere nei confronti del giudice ordinario di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma convenzionale oggetto di studio, ma si dovrà investire la Corte Costituzionale sulla base dell'art. 117, comma 1, Cost.. Però, ciò che viene reclamato nel campo della nostra analisi, è la semplice lettura della norma interna secondo principi CEDU, non la sussistenza un contrasto; dunque la questione è di competenza del giudice ordinario, secondo anche lo stesso orientamento della Corte Costituzionale<sup>127</sup>.

Questo paragrafo riguardante la critica alla tesi della “*confessio salvifica*” si conclude con l'analisi del quarto ed ultimo motivo di dissenso. Lo studio si concentra sulla questione del *ne bis in idem* che risulti esser affrontata in modo alquanto sommario da parte della Corte di Cassazione, la quale si è pronunciata sulla questione della legittima

---

<sup>126</sup> M. Lugato, “Struttura e contenuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte costituzionale”, in Liber Fausto Pocar, vol. I, “Diritti individuali e giustizia internazionale”, Milano 2009, p. 515.

<sup>127</sup> Corte Costituzionale, 31 ottobre 2007, n. 348.

concorrenza, attinente la stessa circostanza delittuosa di una sanzione civile (quale l'arresto della procedura) e di una sanzione penale (la reclusione da un anno a cinque disciplinata dall'art. 236 l. fall.), concludendo per il motivo dell'ammissibilità del concorso di una sanzione penale con un'altra, ad esempio civile, che impedisca la validità e l'efficacia di atti caratterizzati da antiggiuridicità di rango speciale.

Considerando questa pronuncia, la Corte di Cassazione ha ignorato il provvedimento emanato recentemente da parte della CEDU nel caso "Grande Stevens e altri"<sup>128</sup>, con la quale sentenza condanna lo Stato italiano; con tale provvedimento è stata ribadita la costante giurisprudenza riguardante i criteri interpretativi da utilizzare ai fini di una qualifica del carattere penale delle norme di diritto interno, e la non possibilità di una sovrapposizione, neanche in quei casi in cui si parli di "antigiuridicità speciale", giustificazione che la Corte di Cassazione ha preso in considerazione per legittimare l'esistenza di una sanzione doppia.

Facendo un cenno riguardante il pensiero ribadito dalla CEDU, esso stabilisce che la doppia sanzione non può essere giustificata dal livello di gravità del comportamento tenuto da un soggetto, bensì soltanto il tenore non punitivo di quello civile esclude l'ipotesi della sussistenza del *ne bis in idem*, escludendo la sua accezione penalistica. L'interpretazione seguita è quella sostanzialistica che si basa sull'eventuale natura penale o non della norma e non sul *nomen* utilizzato dai singoli ordinamenti giuridici degli Stati. Questo approccio risulta essere seguito tenendo conto

---

<sup>128</sup> CEDH, 4 marzo 2014, caso "Grande Stevens c. Italia".

di tre criteri importanti, considerati come criteri alternativi, denominati “criteri di Engel”<sup>129</sup>:

- i. l’identificazione giuridica della violazione;
- ii. la sostanziale natura della stessa;
- iii. la natura ed il grado di severità della sanzione.

Risulta sufficiente, affinché si parli di “accusa in materia penale” che il reato sia di natura penale sulla base di una correlazione con la Convenzione, oppure si parli dell’applicazione di una sanzione che per natura e gravità possa esser considerata nel campo della “materia penale”<sup>130</sup>.

Proprio in tema di applicabilità della doppia sanzione, possiamo prendere in considerazione anche il rinvio alla Corte di Giustizia Europea della questione della legittimità riguardante i versamenti di ritenute fiscali effettuata dal Tribunale di Torino<sup>131</sup>, che ha colto l’indifferenza di un adeguamento della giurisprudenza interna rispetto a quella del giudice sovranazionale; questione sulla quale si era pronunciata recentemente anche la Corte di Cassazione in senso negativo<sup>132</sup>.

Relativamente questo aspetto, è palese che se, oggetto della sanzione applicata con il disposto dell’art. 173 l.fall., fossero gli stessi comportamenti sanzionabili ai sensi dell’art. 236 l.fall., quel comportamento sarebbe soggetto all’applicazione della sanzione due

---

<sup>129</sup> CEDH nel caso “Engel e altri c. Paesi Bassi”, 8 giugno 1976; nello stesso senso CEDH, 23 novembre 2006, nel caso “Jussila c. Finlandia”, in particolare §§ 37 e 38; CEDH, 20 maggio 2014, nel caso “Nykänen c. Finlandia”, con nota Massimiliano Dova, “Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali”; Corte di Cassazione, Sez. III, 15 maggio 2014, n. 20266.

<sup>130</sup> V. Manes, Art. 7 CEDU § 1, in “Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, Padova 2012, pp. 259 ss.

<sup>131</sup> Trib. Torino 27 ottobre 2014.

<sup>132</sup> Corte di Cassazione, 15 maggio 2014, n. 20266.

volte e la sanzione civile avrebbe natura altamente afflittiva nei confronti del debitore. Infatti, L'atto giuridico di arresto della procedura lo renderebbe privo della possibilità di trattare liberamente con i propri creditori il risultato finale della propria situazione di crisi e ne costituirebbe, sostanzialmente, con il suo relativo conseguente spossessamento materiale e processuale, il fallimento.

Ciò che risulta esser sanzionato dall'art. 173 l. fall, anche alla luce di quanto indicato in recenti pronunce da parte della Suprema Corte, è l'inaffidabile condotta tenuta dal soggetto proponente per la circostanza che lo stesso ha reso ai creditori dei dati falsi riguardante la sua situazione patrimoniale, finanziaria e imprenditoriale.

Dunque, se la funzione delle disposizioni dell'art. 173 l. fall. è questa, la loro natura penale viene meno visto che l'arresto della procedura ha il fine di contrastare sin dall'inizio la condotta dolosa tenuta dal contraente, il quale ha l'obbligo di allegare al proprio ricorso una relazione di un professionista, con la quale si attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. È evidente allora, sulla base delle analisi delle singole fattispecie tipizzate dal legislatore nel comma 1 dell'art. 173 l. fall., nel caso di contestazione da parte del commissario giudiziale, che le stesse individuano tutte ipotesi di dati aziendali caratterizzati da falsità. Sostanzialmente il primo comma dell'art. 173 l. fall. agirebbe come conseguenza automatica della verifica svolta successivamente riguardante l'inesistenza di una delle condizioni di ammissibilità, anziché come sanzione del comportamento seguito dal debitore, motivazione che sta alla base della esclusione della doppia sanzione riguardante il comportamento medesimo. Appoggiando questa tesi si delinea che nessuna confessione potrebbe mai riconfigurare i presupposti di ammissibilità, data la non veridicità del dato fornito.



La contestazione mossa nei confronti del debitore non risulterebbe esser l'atto frodatorio, ma la condotta contraria ai principi di correttezza e buona fede *ex art. 1337 c.c.*.

Dopo questa esauriente analisi avente ad oggetto la critica alla tesi della “*confessio salvifica*” possiamo giungere alla identificazione della natura mista del concordato preventivo, che definiremmo come un contratto privato multilaterale, caratterizzato dal vincolo di maggioranza a legittimazione pubblica, nel quale la condotta scorretta seguita dal proponente durante la negoziazione dell'accordo porta all'applicazione della sanzione del divieto a contrarre. Seguendo la ricostruzione svolta in questo paragrafo, per concludere, può esser affermata la compatibilità della disposizione del comma 1 dell'art. 173 l. fall., in relazione agli artt. 111, 3 e 24 della nostra Costituzione, agli artt. 63 e 64 del codice di procedura penale, agli artt. 6 e 7 CEDU, non comprimendo assolutamente la funzione del Tribunale, al contrario riconoscendo allo stesso un determinato ruolo di garante ai fini della corretta formazione del consenso contrattuale privato conseguito con il rispetto del principio maggioritario.

## CAPITOLO QUARTO - LA RESPONSABILITA' NEL CONCORDATO PREVENTIVO

### 4.1 Il concetto di “responsabilità”

La responsabilità è quella situazione per cui un soggetto è tenuto a rispondere della violazione di un obbligo o comunque di un atto illecito. A differenza dell'elemento frodatorio, il quale assume rilevanza in ogni ramo del nostro ordinamento giuridico, sino a quello fallimentare, la responsabilità non ha una sua operatività in correlazione allo studio dell'istituto del concordato preventivo.

Partendo da questa prima nozione basilare, dobbiamo precisare che l'argomento attinente la legittimazione ad attivare un'azione di responsabilità nel concordato preventivo è oggetto di studio da parte degli interpreti, determinato anche dalla scarsa attività della giurisprudenza.

La zona fertile, di produttività di queste azioni di responsabilità, è stata quella del fallimento; infatti si ritiene implicito che uno degli aspetti positivi cui i gestori di società insolvente mirano è proprio quello di evitare la soggezione ai rischi eventuali di azioni di responsabilità esperibili nel futuro<sup>133</sup>.

Si ritiene che in relazione a questo argomento, in fondo, si debba partire da una convinzione “diffusa anche se non troppo mediata”<sup>134</sup>, secondo cui si debba parlare di una incompatibilità tra la logicità della procedura

---

<sup>133</sup> R. Rordorf, “Azione di responsabilità, concordato preventivo e amministrazione controllata”, in questa Rivista 1995, pp. 752 ss; R. Rordorf, “Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi”, 2013, pp. 669 ss.; G. Bozza, “Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi”, in Fallimento 2014, p. 1097.

<sup>134</sup> R. Rordorf, “Azione di responsabilità, concordato preventivo”, cit., loc. cit.

di concordato preventivo e l'ipotesi di un'azione di responsabilità dei creditori, visto che il concordato è vincolante nei confronti di tutti i creditori a circoscrivere il soddisfacimento dei propri diritti entro i confini determinati tramite lo stesso concordato.

Se in molti casi, per risolvere delle problematiche, sono intervenute delle pronunce da parte dei vari tribunali, ad oggi abbiamo solo una pronuncia di più di vent'anni fa della Corte d'Appello di Milano del 1992 e, le quali conclusioni, sono state riprese successivamente anche dal Tribunale di Bologna<sup>135</sup>, dieci anni dopo. Le due pronunce hanno indicato la natura autonoma e non surrogatoria dell'azione dei creditori, escludendo l'ipotesi che quell'azione eluda il *pactum de non petendo* presente nel concordato, in relazione al fatto che sono differenti la *causa petendi* e il *petitum* dell'azione risarcitoria rispetto agli stessi presupposti che il creditore potrebbe azionare ai fini di un riconoscimento del proprio credito, unico aspetto con riferimento al quale il *pactum de non petendo* avrebbe valenza. Tutto ciò non prendendo in considerazione che quell'accordo non può esser produttivo di effetti giuridici nei confronti degli amministratori, essendo soggetti differenti dal debitore.

Una pronuncia<sup>136</sup> recente ha confermato che la procedura concordataria non implichi il venir meno della capacità di natura processuale del creditore, non riconoscendosi in capo al liquidatore o al commissario un potere simile a quello che risulta esser riconosciuto al curatore nel fallimento.

---

<sup>135</sup> Trib. Bologna, 8 agosto 2002.

<sup>136</sup> Trib. Piacenza, 4 febbraio 2015. La sentenza si è inserita nel solco delle pronunce della Corte d'Appello di Milano e del Tribunale di Bologna che si sono ricordate, nella parte in cui afferma che l'instaurazione dell'azione di responsabilità del singolo creditore non è impedita dall'effetto esdebitatorio del concordato e che il vincolo derivante dal concordato preventivo non fa venir meno la qualità di creditore della società, come si desume dall'art. 184 l. fall.; Trib. Padova, 18 giugno 1987.

Possiamo parlare di un vuoto normativo che caratterizza il tema della responsabilità correlata al concordato preventivo, differente dall'art. 2394-*bis* c.c. e dall'art. 146 l. fall. che disciplinano i casi di responsabilità nell'ipotesi di una società soggetta a fallimento.

## 4.2 La responsabilità degli amministratori di una società

### 4.2.1 Il ruolo della società

Per meglio comprendere il tema della responsabilità degli amministratori di una società è opportuno fare un cenno al recente regime normativo, caratterizzato dal legame intercorrente tra il requisito di “meritevolezza” e la società, il quale era posto al centro di una valutazione circa il comportamento tenuto da una società di capitali e rappresentata dai suoi amministratori<sup>137</sup>. Ovviamente i comportamenti pregiudizievoli compiuti da parte di coloro i quali era riconosciuto il potere di rappresentanza della società, dunque gli amministratori, assumevano rilievo ai fini della non sussistenza del requisito della meritevolezza della società<sup>138</sup>.

La conseguenza che veniva a realizzarsi era quella di una consistente indifferenza relativa alle azioni di responsabilità nel concordato preventivo, ciò dimostrato anche da un numero alquanto marginale di casi di cui si era occupata la giurisprudenza; se venivano individuati dei fatti che attestavano la mancanza del requisito della meritevolezza, la conseguenza automatica era quella di una impossibilità relativa all’omologa del concordato preventivo e che sfociava in una

---

<sup>137</sup> Maisano, “Il concordato preventivo delle società”, Milano 1980, p. 159.

<sup>138</sup> Corte di Cassazione 12 dicembre 2005, n. 27379; Corte di Cassazione 21 agosto 1997, n. 7814; Corte di Cassazione 9 agosto 1994, n. 734; A. Munari, “Ammissibilità dell’imprenditore al concordato preventivo e giudizio di meritevolezza”, in *Giur. comm.* 1998, I, p. 47; G. Rago, “Le società ed il giudizio di meritevolezza nel concordato preventivo”, in *Fall.* 1998, p. 779; R. Martino, “La “condotta” degli amministratori cessati e la “meritevolezza” della società concordataria: un problema ancora aperto?”, in *Giust. civ.* 1992, I, p. 2886..

dichiarazione di fallimento, senza dare adito ad alcuna azione di responsabilità prospettabile.

Oggigiorno non si parla più del requisito di meritevolezza<sup>139</sup> (come già indicato in precedenti capitoli) e dunque assume maggior importanza il tema relativo alle azioni di responsabilità verso gli organi sociali<sup>140</sup>, anche se le difficoltà in materia sono consistenti visto che mancano tra le disposizioni riguardanti il concordato preventivo delle norme analoghe a quelle dell'art. 146 l. fall., che riconosce al curatore fallimentare la legittimazione a esperire delle azioni della società e dei creditori sociali<sup>141</sup>, e l'art. 2394-*bis* c.c., che disciplina i casi di legittimazioni speciali quando si parla di procedure concorsuali.

È opportuno tornare alle regole di valenza generale del codice civile dato che non esiste una disciplina specifica<sup>142</sup> ai fini di un'analisi del tema; infatti l'azione di responsabilità nelle società per azioni è deliberata dall'assemblea sulla base della disciplina posta dall'art. 2393 c.c. e in ciò se l'assemblea ha già deliberato per un'azione di responsabilità quando la società viene ammessa al concordato, il giudizio risarcitorio sarà promosso obbligatoriamente dalla società non dubitandosi che la

---

<sup>139</sup> Corte di Cassazione 24 giugno 2014, n. 14552.

<sup>140</sup> G. D'Attorre, "Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo", in Riv. soc. 2015, proposito della meritevolezza; secondo l'Autore anche la circostanza che prima della riforma rilevasse come autonomo requisito di accesso la regolarità delle scritture contabili giustificava il poco interesse per la materia, ma su questo aspetto occorre rilevare che non raramente le violazioni sulla tenuta delle scritture contabili non impattano sul pregiudizio arrecato alla società.

<sup>141</sup> Corte di Cassazione 20 settembre 2012, n. 15955; Corte di Cassazione 21 giugno 2012, n. 10378; Corte di Cassazione 21 luglio 2010, n. 17121; Corte di Cassazione 23 giugno 2008, n. 17033.

<sup>142</sup> Talora si è adombrato che esista, invece, una legittimazione speciale del commissario giudiziale derivante dalla regola stabilita nell'art. 240 l.fall. a tenore della quale il commissario è legittimato a costituirsi parte civile per i fatti penalmente rilevanti di cui agli artt. 216 ss. l.fall., così Trib. Napoli 25 luglio 2013. Orbene, nella fase che precede l'omologazione non è revocabile in dubbio che il commissario giudiziale non sia mai affidatario di una legittimazione autonoma (salvo che per diritti che lo riguardano personalmente) e ciò perché il patrimonio del debitore resta saldamente (anche se sottoposto a controlli) nelle sue mani: M. Fabiani, "Concordato preventivo", in "Commentario Scialoja- Branca al codice civile", Bologna 2014; Corte di Cassazione 10 settembre 1999, n. 9663; Corte di Cassazione 6 aprile 1995, n. 4033; Corte di Cassazione 12 gennaio 1988, n. 136.

legittimazione all'esercizio dei diritti di credito risulti riconosciuta al titolare (cioè la società in questo caso).

Se l'azione è avviata, occorre capire se per la delibera dell'assemblea risulti esser necessaria anche l'autorizzazione da parte del giudice delegato secondo l'art. 167 l. fall., data la qualifica di atto di straordinaria amministrazione. Analizzando gli aspetti delicati e gli interessi che sono coinvolti, si dovrebbe propendere per il rilascio dell'autorizzazione anche da parte del giudice delegato, non essendo qualificabile questo come mero atto di organizzazione della società, bensì una decisione che risulta esser produttiva di effetti giuridici diretti sul concordato e precisamente sulla composizione dell'attivo<sup>143</sup>. L'esercizio di questo potere di controllo da parte del giudice delegato è individuato in maniera indiretta dalla cautela riconosciuta dalle disposizioni del fallimento relativamente al parere che deve esser reso dal comitato dei creditori, delineandosi una preferenza dell'intervento da parte del giudice ai fini di un controllo e, ulteriormente, non deve esser preso sotto gamba l'impatto delle azioni di responsabilità e la revoca del concordato nel rispetto dell'art. 173 l. fall..

Qui bisogna fare una distinzione tra una proposta di concordato a contenuto essenzialmente liquidatorio e una proposta di concordato che non preveda la cessione dei beni. Nel primo caso il credito di natura

---

<sup>143</sup> Un'opinione contraria G. D'Attorre, "Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo", cit.; R. Rordorf, "Azione di responsabilità, concordato preventivo e amministrazione controllata", cit., 750, secondo il quale in procedure che non privano l'imprenditore della gestione del proprio patrimonio e del potere di esercizio delle proprie azioni, non vi sarebbe ragione alcuna per escludere l'esperibilità, ad opera della società medesima e nel rispetto delle regole generali al riguardo fissate dall'art. 2393 c.c., della suindicata azione sociale di responsabilità. Resta in ogni caso indiscusso che, al contrario, l'eventuale transazione, oltre a soggiacere alle particolari regole stabilite dall'ultimo comma dell'art. 2393 c.c. dovrà essere autorizzata, ex art. 167 l. fall., dal giudice delegato. Diversamente, la transazione sarebbe inopponibile ai creditori, a termini del citato comma 2 dell'art. 167 l. fall., con la conseguenza che costoro, per rimuovere gli effetti a loro pregiudizievoli della medesima transazione, e per poter poi liberamente esercitare l'azione loro attribuita dall'art. 2394 c.c. non sarebbero più tenuti ad agire preventivamente in revocatoria, come altrimenti prescrive il quarto comma di quest'ultimo articolo.

risarcitorio concorre a costituire l'insieme dei crediti della società che possono essere oggetto di cessione tramite trasferimento a terzi dell'azione e acquisizione del corrispettivo valore<sup>144</sup>, determinandosi l'esercizio dell'azione di responsabilità che è riconosciuta al liquidatore giudiziale<sup>145</sup>. Nel secondo caso la legittimazione ad esperire l'azione è riconosciuta alla società<sup>146</sup>, anche nel qual caso in cui vi è lo stesso una cessione di beni, ma la stessa è solo parziale e non viola l'art. 2740 c.c.<sup>147</sup>. Quando manca la delibera della società in presenza di condotte dalle quali può desumersi una responsabilità degli organi sociali, la stessa avrà interesse a rilevare tale condotta e a motivare la mancata assunzione della delibera da parte dell'assemblea. È rilevante il ruolo del commissario giudiziale visto il dovere di informazione che deve essere reso da parte dello stesso nei confronti dei creditori affinché esprimano un voto informato.

Relativamente alle due legittimazioni che si vengono a formare in seno alle due tipologie di proposte di concordato adottate, l'esecuzione dello stesso non incide sulle competenze societarie visto che l'assemblea continuerà a godere della sua competenza, ma rispettando il limite della non interferenza con l'esecuzione della stessa procedura concorsuale.

---

<sup>144</sup> M. Fabiani, "Contratto e processo nel concordato fallimentare", Torino 2009, pp. 383 ss.; F. Fezza, "Il programma di liquidazione", in Trattato di diritto fallimentare, III, Padova 2011, 282; F. De Santis, "La cessione dei diritti e delle azioni nella liquidazione concorsuale", in Trattato delle procedure concorsuali, Torino, 2010, pp. 337; M. Perrino, "La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione", in Giur. comm. 2009, I, p. 695; G. Dongiacomo, "Le azioni di responsabilità nel fallimento", cit., 933; A. Dimundo, "La responsabilità civile degli amministratori di s.r.l. in concordato preventivo", cit., 1134.

<sup>145</sup> G. D'Atorre, "Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo", p. 19.

<sup>146</sup> G. D'Atorre, "Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo", cit., p. 19; A. Dimundo, "La responsabilità civile degli amministratori di s.r.l. in concordato preventivo", cit., p. 1134.

<sup>147</sup> C. Trentini, "Cessione parziale dei beni nel concordato preventivo e attestazione condizionata", in Fall. 2013, p. 756; A. Jorio, "La riforma fallimentare: pregi e carenze delle nuove regole", in Giur. comm. 2013, I, p. 705; G. Bozza, "La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni", in Fall. 2012, p. 767; F. Filocamo, "L'esattezza della proposta di concordato preventivo", in Fall. 2012, p. 1275; Corte d'Appello Roma 5 marzo 2013; Trib. Roma 25 luglio 2012; Trib. Roma 29 luglio 2010.



#### 4.2.2 Il ruolo dei creditori sociali. La legittimazione dei creditori sociali o del liquidatore giudiziale?

Spostando la nostra attenzione sulla figura di creditore sociale, è opportuno verificare se lo stesso conservi il proprio potere di promuovere l'azione di responsabilità nel concordato<sup>148</sup>. In risposta a questo interrogativo, possiamo dire che bisogna partire da un'analisi che riguardi la natura della stessa azione, cioè se si parli di azione surrogatoria o azione autonoma, prendendo anche in considerazione l'analisi della natura dell'azione, contrattuale o extracontrattuale.

La giurisprudenza, anche se non vi sono dei pilastri da cui partire per spiegare il suo pensiero, condivide la tesi dell'identificazione della natura autonoma dell'azione e della matrice contrattualistica della responsabilità<sup>149</sup>.

Ai fini dello studio dell'istituto del concordato preventivo, la riforma della legge fallimentare è risultata fondamentale, decretando il venir meno della distinzione tra concordato con garanzia e concordato con cessione di beni<sup>150</sup>, prendendo in considerazione la presenza di un numero considerevole di modelli di piani e proposte e così difficilmente inquadrabili in delle disposizioni specifiche. L'unica distinzione che regge ancora oggi è quella relativa al concordato preventivo liquidatorio, con una separazione tra titolarità del patrimonio e potere di gestione

---

<sup>148</sup> Rodorf, "Azione di responsabilità, concordato preventivo e amministrazione controllata", p. 753.

<sup>149</sup> S. Ambrosini, "La società per azioni. La responsabilità degli amministratori", in Trattato di diritto commerciale, Padova 2010; F. Bonelli, "Gli amministratori di società per azioni", Milano 1985, p. 309.

<sup>150</sup> A. Patti, "Il giudice nella crisi d'impresa: le ragioni di una presenza", in Fall. 2011; S. Pacchi, "La valutazione del piano del concordato preventivo", in Dir. fall. 2011; P.F. Censoni, "Il "nuovo" concordato preventivo", in Giur. comm. 2005.

dello stesso che risulta esser affidato al liquidatore giudiziale, ai fini di una soddisfazione dei creditori.

La distinzione è rilevante ai fini della individuazione della legittimazione per esperire l'azione di responsabilità, se la stessa risulti esser riconosciuta in capo al liquidatore giudiziale, mantenendo ferma la concezione di una azione che risulti esser conservata da parte dei creditori sociali.

Dobbiamo partire dalla natura dell'azione e cioè dal fatto che la stessa si qualifichi come un'azione autonoma, cosicché logicamente può esser riconosciuto il potere nei confronti degli stessi creditori di esperire l'azione anche nel concordato preventivo<sup>151</sup>, dato che un'azione del genere coinvolge un patrimonio addizionale rispetto a quello della società, cioè il patrimonio degli amministratori, non determinandosi l'applicazione delle limitazioni previste dagli artt. 168 e 184 l.fall., rispettivamente riguardanti le azioni esecutive e che nessun effetto di natura esdebitatoria si produce sui coobbligati. Infatti, l'omologazione del concordato non determina l'estinzione della porzione di credito che risulti esser insoddisfatta, rendendolo non esigibile nei riguardi del debitore.

Coloro i quali ricoprono la carica di amministratori di società non sono configurabili come obbligati in solido con la società in relazione al danno arrecato nei confronti di terzi con la loro condotta e non possono godere del beneficio dell'esdebitazione, non essendo parificati ai soci

---

<sup>151</sup> G.B. Nardecchia, "Gli effetti del concordato preventivo sui creditori", Milano 2011; F. Galgano-M. Franzoni, "La responsabilità degli amministratori e dei sindaci", in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, XIX, Padova 1994, p. 162; Trib. Bologna 8 agosto 2002; Corte d'Appello Milano 14 gennaio 1992; Trib. Reggio Emilia 19 giugno 1979; Trib. Milano 23 dicembre 1968.

illimitatamente responsabili<sup>152</sup>. A tutela del ceto creditorio, non si può parlare di una preclusione nei confronti degli stessi riguardante una pretesa maggiore rispetto a quanto indicato nel patto concordatario dopo la sua accettazione, poiché esso è produttivo di effetti giuridici verso il patrimonio dell'impresa e non verso il patrimonio dell'amministratore. Alla luce delle indicazioni, bisogna ricordare che il concordato preventivo non deve esser visto come una via di fuga per attenuare la responsabilità penale, e gli effetti esdebitatori sono operativi solo e soltanto nei confronti del debitore principale, non assumendo alcun rilievo la situazione differente fra la circostanza di un concordato pendente, cioè già eseguito, ed un concordato non ancora eseguito, mantenendo sempre ferma la regola che il beneficio dell'esdebitazione risulti esser riconosciuto solo e soltanto nei confronti della società e dei soci illimitatamente responsabili.

Il modello di concordato è indifferente rispetto alla posizione dei creditori, infatti sia che si parli di un modello, sia di un altro, tutto ciò risulterà esser applicabile.

L'ultima questione soggetta ad analisi è quella relativa alla legittimazione processuale dei creditori sociali e il ruolo del liquidatore giudiziale rispetto agli stessi, riprendendo quanto accennato brevemente. Si ritiene che nei casi di concordato con cessione di beni, essendo qualificata l'azione come un'azione autonoma, la legittimazione non si trasferisce in capo al liquidatore giudiziale. L'azione dei creditori sociali appartiene al loro patrimonio e non può esser oggetto di trasferimento a favore del liquidatore giudiziale dato che la piena corrispondenza tra titolarità del diritto sostanziale e legittimazione processuale viene meno;

---

<sup>152</sup> Borella, "Note in tema di concordato preventivo e azione di responsabilità dei creditori sociali verso gli amministratori", in Giur. comm. 1993.

l'unica azione esercitabile dal liquidatore è quella sociale visto che fa parte del patrimonio della società<sup>153</sup> che lo stesso gestisce.

---

<sup>153</sup> Trib. Piacenza 12 febbraio 2015

## 4.3 La responsabilità del professionista attestatore

### 4.3.1 La responsabilità penale ai sensi dell'art. 236-bis 1. fall.

La responsabilità del professionista attestatore può essere di due tipologie; una responsabilità di tipo penale, prevista dall'art. 236-bis 1. fall.<sup>154</sup>, e una responsabilità di tipo civile.

Partendo dalla prima forma di responsabilità, ai fini di un'analisi esaustiva, prendiamo in considerazione il D.L. 83/2012 (definito "decreto sviluppo"), convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha introdotto nella legge fallimentare il reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista relativamente alle soluzioni concordate della crisi d'impresa e quindi anche in relazione alla disciplina del concordato preventivo.

Questa nuova disposizione di legge ha colmato quel vuoto legislativo che aveva creato non pochi problemi in dottrina e giurisprudenza, vista l'incertezza riscontrata. Proprio per questo, nelle situazioni di falsificazione di certificati, erano state oggetto di ipotesi diverse forme di responsabilità penale.

Addentrandonci maggiormente nello studio della norma si ritiene che il delitto di falso in attestazioni o relazioni indicato dall'art. 236-bis debba essere ricompreso nella categoria dei delitti contro la fede pubblica e

---

<sup>154</sup> "Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lett. d), 161, terzo comma, 182 bis, 182 quinquies e 186 bis, espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da € 50.000 a € 100.000.

Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata.

Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà" - art. 236-bis 1. fall.

precisamente nei delitti di falsità di atti, infatti si tratta di un reato proprio dove il professionista attestatore è il soggetto attivo chiamato a redigere una relazione o una attestazione.

Il nuovo reato di falso in attestazioni o relazioni *ex art. 236-bis l. fall.* si caratterizza nell'evidenziare l'attività compiuta da parte del soggetto incaricato, il professionista attestatore, che espone false informazioni, oppure omette delle informazioni rilevanti, molto simili agli artt. 2621 e 2622 c.c. che riguardano la falsità ideologica di atti privati.

Le due modalità della condotta penalmente rilevante secondo l'art. 236-*bis l. fall.* sono due modalità alternative, infatti la prima si connota per una condotta commissiva, prescindendo da un comportamento attivo del soggetto e caratterizzato da una falsità di informazioni rese, mentre la seconda si caratterizza per una condotta omissiva che si realizza tramite il silenzio, come riferito dalla dottrina<sup>155</sup>.

Le condotte previste dal predetto articolo possono concorrere anche se è evidente lo squilibrio tra le due azioni previste dalla norma, la quale considera sufficiente l'esposizione di false informazioni in merito alla condotta commissiva, mentre considera essenziale che si parli di rilevanti informazioni in merito alla condotta omissiva.

La Corte di Cassazione, precisamente l'Ufficio Studi, ha evidenziato in una sua Relazione<sup>156</sup> che vi è una "disarmonia" tra le due condotte previste dalla norma, la quale non è oggetto di giustificazione e che rileva un potenziale rischio insito nel fatto che qualsiasi forma di falsità commissiva sia sufficiente a rilevare la condotta oggetto di sanzione penale *ex art. 236-bis l. fall.*, anche se si parli di informazioni non

---

<sup>155</sup> R. Borsari, "Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordato della crisi d'impresa. Una primissima lettura", cit. 15 e ss.

<sup>156</sup> Relazione n. III/07/2012.

rilevanti, a differenza della disciplina più restrittiva della condotta omissiva caratterizzata dal requisito della “rilevanza” delle omesse informazioni. Allora, seguendo l’impostazione della citata relazione, risulta condivisibile l’interpretazione estensiva indicata dall’Ufficio Studi della Suprema Corte di Cassazione, per evidenti ragioni di uguaglianza e ripresa anche da parte della dottrina, secondo la quale il “requisito di rilevanza” debba esser applicato anche a quella condotta di natura commissiva che porta ad una esposizione di false informazioni. Conseguentemente sorge un’ulteriore questione in relazione alla qualifica di informazioni “rilevanti”, essa è quella relativa a quando stabilire se una informazione debba esser considerata rilevante o meno e quindi idonea ad integrare la fattispecie penale *ex art. 236-bis l. fall.*

Seguendo una primissima lettura della norma, sembrano fondati i dubbi circa la costituzionalità della norma riguardanti l’incertezza della fattispecie e la mancanza della tipicità dell’azione, ritenuta troppo generica quando indica precisamente “*di omissione di informazioni rilevanti*”; è noto che se la fattispecie delittuosa risulti esser caratterizzata da elementi tassativi, è il legislatore stesso che indica la discrezionalità oggetto di una valutazione illecita, mentre il transito dalla valutazione (da parte del legislatore) alla descrizione della condotta è fatto dal giudice, caso dopo caso.

Seguendo questa impostazione si rileva che qualsiasi discrezionalità riconosciuta nell’applicazione della sanzione penale diviene un apprezzamento da parte del giudice in relazione alla determinazione degli indeterminati elementi da cui rileva una ampissima nozione di fattispecie che comprende tutti gli elementi incidenti sull’*an* della sanzione e sul *quantum* sempre della stessa.

Questa ampia portata, identificata concettualmente, ricomprende sia le circostanze che risultino esser definite “discrezionali”, sia gli “elementi elastici o indeterminati”; alla luce di ciò l’attestatore può esser responsabile dei comportamenti dolosi compiuti da parte dello stesso nei riguardi di coloro i quali vantano un diritto di credito e dei terzi danneggiati. Quel che risulti esser di difficile interpretazione è il livello di responsabilità del professionista, prendendo in considerazione il giudizio riguardante la fattibilità del piano richiesto, il quale si configura come una congettura<sup>157</sup>.

Seguendo l’orientamento della dottrina<sup>158</sup>, essa ha indicato che la rilevanza deve esser analizzata in relazione al giudizio finale della relazione o attestazione, cosicché il reato indicato dall’art. 236-*bis* dovrebbe ritenersi integrato quando l’informazione abbia reso falso il giudizio.

Un’altra problematica è quella relativa al fatto di stabilire se le informazioni a cui si riferisce l’art. 236-*bis* siano formate soltanto dai dati aziendali oggettivi, oppure anche dai giudizi, cioè dalle valutazioni rese dal professionista attestatore nelle procedure di soluzione delle crisi d’impresa negoziali.

Risulta senza dubbio che le informazioni si identifichino nei dati dell’azienda, vale a dire quelli economici, finanziari e patrimoniali del debitore, in quelli economici di contesto, se oggetto di indicazione nel piano, la cui “veridicità” è oggetto di attestazione da parte del

---

<sup>157</sup> M. Ferro, “I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell’insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva”, in Fall. 2005.

<sup>158</sup> R. Borsari, “Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell’ambito delle soluzioni concordate delle crisi d’impresa. Una primissima lettura.”, cit., 19; F. Mucciarelli, “Il ruolo dell’attestatore e la nuova fattispecie penale di falso in attestazioni e relazioni”, cit., 4.



professionista attestatore nell'ambito della procedura di concordato preventivo e le altre.

Si afferma, seguendo anche la corrente della prevalente dottrina<sup>159</sup>, che sono ricompresi nell'alveo delle informazioni a cui si riferisce la norma anche i giudizi che il professionista attestatore rende nelle relazioni o nelle attestazioni secondo le norme che disciplinano il concordato preventivo.

In aggiunta deve esser considerato che la corrente della prevalente dottrina e della giurisprudenza<sup>160</sup> indica che i predetti giudizi o prognosi sono costituiti da un elemento di discrezionalità non assoluto, ma tecnico, cioè legata ai principi cardine della tecnica professionale, i quali sono essenziali ai fini della relazioni o attestazioni a cui fa riferimento, e, dunque, sono oggetto di esposizione da parte del professionista attestatore sulla base dei dati aziendali, ma non solo, anche sulla base dei criteri e dei metodi espressi dallo stesso professionista, in aggiunta a quelli espressi dalla scienza aziendale e dalle linee guida oggetto di elaborazione da parte delle Commissioni di studio presso il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili.

Considerando di quanto enunciato, non risultano esser estranee alla disciplina prevista dall'art. 236-*bis* 1. fall. le circostanze in cui i giudizi si basano su dati non veritieri, o su criteri differenti da quelli dichiarati, oppure su metodi e criteri non conformi alla scienza aziendale.

Su questo punto è rilevante una pronuncia del Tribunale di Benevento<sup>161</sup> che indica il metodo che deve esser rispettato da parte del professionista

---

<sup>159</sup> R. Borsari, "Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura", cit., 19; F. Mucciarelli, "Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di falso in attestazioni e relazioni", cit., 2 e ss..

<sup>160</sup> Corte di Cassazione, sez. I, 14 febbraio 2011, n. 3586; Corte di Cassazione, sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860.

<sup>161</sup> Trib. Benevento, 2 maggio 2013.

attestatore, cioè in maniera coerente, ordinata ecc. e seguendo dei ragionamenti, dei percorsi logici e delle motivazioni da render palesi a terze persone. Allo stesso modo, altro punto rilevante indicato dal suddetto Tribunale, è il comportamento che deve esser tenuto dal professionista, cioè una condotta che accerti e attesti l'effettiva realtà dei dati oggetto del suo lavoro<sup>162</sup>.

In merito all'elemento psicologico, il reato di falso in attestazioni e relazioni, come disciplinato espressamente all'art. 236-*bis* 1. fall., è punibile a titolo di dolo generico in correlazione alla fattispecie prevista al comma 1 e, a titolo di dolo specifico, nell'aggravata ipotesi disciplinata espressamente nel comma 2 della predetta norma indicata.

Partendo da una spiegazione di dolo generico, possiamo dire che lo stesso deve inglobare tutti i cardini della fattispecie di reato prevista dall'art. 236-*bis* 1. fall. e si caratterizza per la consapevolezza della falsità delle informazioni rese e/o per la condotta omissiva seguita in relazione alle informazioni, nonché dell'importanza di questi dati e nella volontà di indicare false informazioni e/o di non indicare rilevanti informazioni. Parlando del dolo specifico previsto al comma 2 dobbiamo dire che esso riguarda l'ipotesi aggravata del reato, nel qual caso sono essenziali la consapevolezza e la volontà di perseguire un profitto ingiusto per se stessi o per terzi.

Soffermandoci sul piano psicologico del reato *ex art.* 236-*bis* 1. fall., deve esser preso in considerazione partendo dall'orientamento della giurisprudenza di legittimità<sup>163</sup> relativamente alla materia della falsità in atti e quello della dottrina<sup>164</sup>, che l'elemento del dolo deve esser oggetto

---

<sup>162</sup> Trib. Firenze, 9 febbraio 2012; trib. Mantova, 28 maggio 2012.

<sup>163</sup> Corte di Cassazione, sez. V, Penale, 3 giugno 2010, n. 13468.

<sup>164</sup> R. Borsari, "Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura", cit., 21.

di prova caso per caso, non considerando la circostanza per cui si debba parlare del fatto che lo stesso risulti esser implicito nella situazione fattuale in maniera presuntiva. La stessa attività di accertamento è complessa e delicata, a maggior ragione nei casi di informazioni omesse, dato che non risulta esser semplice distinguere i casi nei quali la mancata indicazione delle informazioni è caratterizzata da consapevolezza o è dovuta a semplice negligenza o imperizia e quindi caratterizzata da una mera colpa.

Questa complessa analisi dell'esistenza dell'elemento psicologico andrebbe a limitare, in maniera considerevole, la circostanza di incorrere nel reato, prendendo in considerazione che da una parte non è certo che all'attestatore siano date tutte le informazioni (molto probabile il caso inverso) e dall'altra parte si renderebbe più bilanciato l'aspetto "dell'eccessivamente soggettivo", rilevante per l'informazione.

Dopo tutta queste problematiche e queste analisi, si potrebbe indicare che la relazione sia sempre accompagnata da una descrizione analitica dei documenti e delle informazioni ricevute, con una sottoscrizione da parte del debitore affinché tale condotta sia sufficientemente in grado a scriminare il reato.

Per completare il tema attinente la responsabilità penale del professionista attestatore sembra opportuno analizzare le due circostanze aggravanti previste dall'art. 236-*bis* 1. fall..

La prima è disciplinata dal comma 2 e si delinea una condotta ai fini del perseguimento di un ingiusto profitto per sé o per altri, richiedendo il dolo specifico, come precedentemente già indicato.

La circostanza aggravante appena enunciata risulta esser di implicita applicazione visto che una falsa condotta è sempre incentrata per perseguire un profitto anche a favore di terzi soggetti esterni. Non vi è

alcuna espressa indicazione circa l'aumento della pena applicabile, indi per cui si deve parlare di una circostanza aggravante speciale a effetto ordinario, cosicché la pena base può aumentare fino ad un terzo.

La seconda circostanza aggravante è disciplinata espressamente al comma 3 dell'art. 236-*bis* 1. fall.: essa si caratterizza, come la prima, per esser una circostanza ad effetto speciale, con un aumento della pena sino alla metà nel qual caso in cui dal fatto sia derivato un danno ai creditori. È stato evidenziato da parte di alcuni giuristi che la circostanza aggravante a cui si riferisce espressamente il comma 3 è il danno patrimoniale, conseguenza della perdita delle ragioni del proprio credito, sia pure questa perdita, una perdita parziale.

### 4.3.2 La responsabilità civile

Il compito svolto da parte del professionista attestatore, data la sua complessità e la sua delicatezza, lo rendono soggetto a responsabilità civile, anche se bisogna precisare che in base ai principi generali del nostro sistema normativo è possibile che si configuri una responsabilità civile dell'attestatore nei confronti sia del debitore che nei confronti di qualsiasi altro soggetto che sia portatore degli interessi.

In dottrina è prevalente la tesi che il professionista possa essere responsabile civilmente per quei danni che risultino essere arrecati nei confronti sia dell'imprenditore, che nei confronti anche dei creditori dello stesso, tutto ciò nel caso in cui il professionista attesti il falso in relazione alla veridicità delle informazioni<sup>165</sup>.

Partendo dal vincolo negoziale intercorrente tra debitore ed attestatore costituito sulla base del contratto di opera professionale si può dire che la responsabilità civile nei confronti del debitore è di tipo contrattuale, tutto ciò sulla base del conferimento dell'incarico di natura professionale, ed è correlata all'elemento della diligenza professionale.

Per poter parlare di responsabilità civile del professionista nei riguardi dell'imprenditore è essenziale che la condotta sia caratterizzata da negligenza, in ciò significa che l'attestatore non abbia utilizzato la normale diligenza professionale richiesta nello svolgimento della sua attività secondo quanto indicato dall'art. 1176, comma 2, c.c., secondo il quale *“nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di*

---

<sup>165</sup> G. Bozza, “La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina”, in *Il Fall.* 10/2005; D'Amora, in “Note esegetiche sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti”; G. Alessi, “Il nuovo concordato preventivo”, in *Dir. fall.* 2005, p. 1131.

*un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*".

Secondo l'orientamento dottrinale<sup>166</sup>, risulta applicabile al tema della responsabilità civile dell'attestatore l'art. 2236 c.c., che risulta esser importante visto che circoscrive la responsabilità all'elemento del dolo e della colpa grave quando la prestazione che risulti esser svolta da parte del professionista si caratterizzi per il conseguimento di una soluzione di problemi di natura tecnica particolarmente difficile.

Sempre sul tema della responsabilità del professionista attestatore, ma in questo caso nei confronti dei creditori o di terzi danneggiati, una parte della dottrina<sup>167</sup> considera la stessa responsabilità come una responsabilità in senso lato, tutto ciò dovuto dal fatto della violazione di un obbligo di protezione che deve esser rispettato da parte del professionista *ex lege* nei riguardi della totalità dei soggetti coinvolti, relativamente alla sua attività.

La responsabilità è rivolta nei confronti dei singoli creditori lesi dalla infedeli dichiarazioni rese dall'attestatore e, precisamente, per quei creditori alla formazione del piano si parla di lesione del loro interesse alla conservazione del patrimonio visto che lo stesso potrebbe esser compromesso dal concorso di altri creditori come conseguenza della dichiarazione di fallimento tardiva; per quel che riguarda i creditori successivi alla formazione del piano, si parla di lesione della libertà contrattuale, tutto questo perché sono stati influenzati dalle false

---

<sup>166</sup> G. Lo Cascio, "Il fallimento e le altre procedure concorsuali", Milano 2008, p. 285; D. Galletti, "Commento all'art. 160 l.f.", in "Il nuovo diritto fallimentare", diretto da A. Jorio, Bologna 2007, p. 2331; S. Ambrosini, "Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti", in Trattato di diritto commerciale, diretto da G. Cottino, Padova 2008, pp. 70-71.

<sup>167</sup> A. Patti, "I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo", in "La tutela dei diritti nella riforma fallimentare", a cura di M. Fabiani e A. Patti, Milano 2006, p. 280.

dichiarazioni ad adottare decisioni di segno positivo al piano di concordato.

L'attenzione da parte del professionista attestatore, relativamente all'attestazione riguardante la fattibilità del piano, deve esser molto elevata alla luce dei rischi insiti nell'attuazione degli atti individuati dal piano del concordato, prima di tutto i rischi che derivano dalle obbligazioni contratte dall'imprenditore ricorrente di ovviare a questo momento di crisi, ma sulla base di svantaggiose condizioni e che peggiorano la garanzia di natura patrimoniale.

Sono frequenti i casi in cui si parla di corresponsabilità del professionista con il debitore nel qual caso si giunga ad una sottovalutazione dei rischi quando il debitore non consegue risultati positivi durante la fase esecutiva, tutto ciò cercando di ritardare la dichiarazione di fallimento e distraendo i beni facenti parte del patrimonio; così facendo si peggiora la composizione aziendale e si lede il diritto dei creditori al soddisfacimento dei propri crediti.

Per tutelare anche il professionista attestatore, nel nostro ordinamento giuridico è previsto l'esonero di responsabilità dello stesso qualora il professionista che svolga l'attestazione sia indotto in errore a causa del comportamento ingannevole seguito dal debitore che potrebbe nascondere delle passività o potrebbe aver reso palesi delle attività che in realtà sono inesistenti, sulla base di documenti falsi.

Proprio per evitare che il professionista incaricato di redigere l'attestazione risulti esser accusato di corresponsabilità e quindi, per tutelare il proprio lavoro, sono fonte di suggerimento nei confronti del professionista attestatore degli interventi tecnico-operativi<sup>168</sup> come la

---

<sup>168</sup> R. Bonivento, "Le relazioni del professionista nelle soluzioni concordate e stragiudiziali della crisi".

redazione di verbali riassuntivi degli interventi compiuti con la sottoscrizione da parte del debitore in merito a quanto verificato e quanto ricevuto, oppure una dichiarazione resa da parte del debitore in cui si confermi di non aver nascosto fatti idonei a ledere la veridicità dell'informazione resa da terzi.



#### 4.4 La responsabilità della Banca per concessione di credito abusiva

I problemi riguardanti i rapporti intercorrenti tra le procedure concorsuali e gli istituti di credito hanno assunto sempre più peso nell'ambito della problematica questione della concessione abusiva di credito e, in generale, della responsabilità della banca nella crisi d'impresa in considerazione degli aiuti concessi ad un imprenditore che si trovi in una situazione di difficoltà economica che può sfociare o in una crisi irreversibile, oppure in una situazione di crisi temporanea, oppure l'ipotesi di brusca interruzione di credito che può condurre il debitore al crollo con delle ripercussioni indirette nei confronti della banca, quali ad esempio il risarcimento dei danni per circostanze di abuso di diritto<sup>169</sup>.

Uno dei temi più delicati che caratterizzano l'attività bancaria è certamente quello del sostegno che le banche concedono ad un imprenditore in situazioni di crisi e la situazione in cui la banca si trovi a poter esser oggetto di azioni di natura risarcitoria è identificata dalla "crisi dell'imprenditore".

Antecedentemente, l'unico riferimento normativo posto alla base della disciplina dell'intervento bancario a favore delle imprese in situazioni di

---

<sup>169</sup> Campolattaro, "La concessione abusiva di credito", in *Impresa* 2006, 9, pp. 1369 e ss.; Esposito, "La legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di danni per abusiva concessione del credito", in *Fallimento* 2006, pp. 1128 e ss.; Arato, "La responsabilità della banca nella crisi di impresa", in *Fallimento* 3/2007, pp. 252 e ss.; B. Inzitari, "La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito", pp. 265 e ss.; Nigro, "Note minime in tema di responsabilità per concessione abusiva di credito e di legittimazione del curatore fallimentare", in "Diritto della banca e del mercato finanziario" 2002, pp. 294 e ss.; R. Sgroi Santagati, "Concessione abusiva di credito e brutale interruzione di credito, due ipotesi di responsabilità della banca", in *Dir. Fall.* 1994, p. 627; Terranova, "La responsabilità della banca nei confronti dei creditori dell'impresa finanziata", in *AA. VV.*, profili dell'attività bancaria, Milano 1989, pp. 193 e ss.; Nigro, "La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito", in *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. Portale, Milano 1978, pp. 301 e ss.

crisi era rappresentato dalle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, le quali istruzioni indicano che il salvagente bancario è possibile soltanto quando la crisi dell'impresa sia temporanea e ravvisabile sulla base di aspetti finanziari e dunque esistano delle prospettive razionali di riequilibrio nel medio termine e quindi sia una crisi reversibile<sup>170</sup>, seguendo l'impostazione giuridica fallimentare.

Proprio la nozione di crisi d'impresa è stata oggetto di intervento legislativo sulla base della miniriforma del 2005, introducendo il concetto di stato di crisi insieme al tradizionale concetto di stato di insolvenza, con ulteriori modifiche successive, come l'introduzione nel comma 2 dell'art. 160 l. fall. del concetto di stato di crisi inteso come stato di insolvenza; una semplice situazione di difficoltà a livello finanziario o a livello liquidatorio non può far sorgere lo stato di insolvenza, tutt'al più può esser intesa come una condizione necessaria e sufficiente ai fini dell'ammissione ad una procedura di concordato preventivo.

E proprio questa problematica riguardante il concetto di stato di crisi non ha portato ad un immobilismo della dottrina, infatti si sono adoperati per ovviare a questa incertezza che può intaccare la stabile presenza di meccanismi idonei a portare a maggiori tensioni finanziarie e, da ultimo, all'insolvenza.

Non sussistono dubbi sul fatto che la banca, sia nei casi in cui l'impresa si trovi in una situazione di difficoltà momentanea ad adempiere le obbligazioni, sia che si trovi dinanzi ad un'impresa insolvente, dovrà effettuare delle valutazioni complesse riguardanti il rientro dal credito

---

<sup>170</sup> Campolattaro, op. cit., 1370.

aperto nei confronti della banca stessa e la concessione di nuova finanza<sup>171</sup>.

La situazione è alquanto delicata visto che le banche devono prendere una decisione tra due alternative che si vengono a delineare nei casi di crisi aziendale, quali la scelta tra il rientrare dal credito concesso con il rischio di esser accusate di aver portato l'imprenditore definitivamente in una situazione di crisi data la brusca interruzione del rapporto creditizio e il favoritismo di piani di ristrutturazione dato che frequentemente sono soggetti a delle influenze esterne che le inducono ad aderire agli accordi di ristrutturazione ai fini del superamento della crisi.

In dottrina<sup>172</sup> è nota la fattispecie della ingiustificata rottura del rapporto di affidamento al cliente, cioè il traumatico e non giustificato recesso dall'apertura di credito concessa.

Seguendo la disciplina del nostro codice civile, esso indica che nei casi di apertura di credito a tempo indeterminato la banca può recedere dal contratto concedendo al cliente un termine congruo di almeno quindici giorni per la restituzione del denaro utilizzato, tutto ciò sulla base di una giusta causa; il nostro ordinamento prevede anche la possibilità di inserire all'interno del contratto una clausola che riconosca alla banca la possibilità di recedere in qualsivoglia momento tramite una comunicazione anche verbale, riconosciuta però a tempo determinato e con l'obbligo giuridico di restituire le somme immediatamente sulla base di un preavviso anche di un giorno. Questa previsione alquanto restrittiva viene vista da parte della banca in maniera positiva, dato che la banca si

---

<sup>171</sup> Galletti, op. cit., il quale sottolinea come la temporanea difficoltà ad adempiere non si differenzi dallo stato di insolvenza, giacché sotto il profilo economico tutte le crisi sono reversibili, salva la convenienza economica di ripristinare un equilibrio di una impresa insolvente.

<sup>172</sup> Inzitari, op. cit., pp. 277 e ss.

dota di un diritto legittimo di priorità nell'ambito dell'esecuzione rispetto a tutti gli altri creditori.

Quel che si può determinare nei casi di interruzione brusca del rapporto tra la banca ed il cliente è direttamente l'illiquidità dell'imprenditore e la sua automatica crisi, con un'ulteriore automatica conseguenza come quella di esser accusati di responsabilità sotto il profilo del risarcimento del danno nei confronti del cliente e, ulteriormente, nei confronti anche dei terzi che hanno subito un danno nei casi di violazione del principio di buona fede<sup>173</sup>.

Contrariamente a quanto spiegato precedentemente, la “concessione abusiva di credito” è quel fenomeno con il quale vi è un aiuto economico da parte della banca nei confronti di un imprenditore che si trovi in crisi e quindi finalizzato a tenerlo in vita quando lo stesso si trovi in uno stato grave di crisi, con aumento vertiginoso del danno dovuto ad un innalzamento delle voci del passivo e dalla convinzione degli altri creditori a continuare il rapporto con l'impresa e a non utilizzare strumenti per riottenere il proprio credito vantato ed instaurare con ulteriori creditori nuovi rapporti vista la non conoscenza della effettiva situazione nella quale versa l'imprenditore che con l'ordinaria diligenza non era riscontrabile<sup>174</sup>.

Data la posizione privilegiata vantata dalla stessa banca nell'ambito dell'attività svolta da parte della stessa, si determina che la condotta seguita può esser fonte di responsabilità alla luce delle sue competenze professionali, nei riguardi sia dei creditori che già vantano un diritto di credito nei confronti dell'imprenditore e sia dei creditori successivi

---

<sup>173</sup> Inzitari, op. cit., p. 279.

<sup>174</sup> Campolattaro, op. cit., p. 1369 il quale si sofferma sul concetto di crisi indicando che lo stesso ha un'accezione giuridica essendo usato frequentemente nelle varie forme di procedure concorsuali.

all'erogazione del credito: tutto ciò perché nei confronti dei primi soggetti si determinerebbe lo slittamento temporale della sentenza che attesti l'apertura della procedura fallimentare, nei confronti dei secondi si paleserebbe una falsa solvibilità dell'imprenditore con favoreggiamento ad intraprendere nuove operazioni alla luce dell'operazione compiuta dalla banca ed anche nei confronti di azionisti, depositanti che subiscono un danno dal comportamento colpevole dei funzionari.

La dottrina ha seguito una linea corrente sostanziale come quella che qualifica una concessione abusiva di credito anche la concessione di fidi irregolari<sup>175</sup> da parte della stessa banca.

Si può parlare di responsabilità della banca in relazione all'omissione di regole di condotte tipizzate dalla violazione di quei principi cardine del nostro ordinamento giuridico, quali i principi di correttezza e buona fede che disciplinano il tema dell'adempimento delle obbligazioni.

La diligenza richiesta nei confronti della banca è la diligenza del buon banchiere, non quella media del *bonus pater familias*, che si caratterizza per una specifica competenza tecnica e di mezzi che portano a valutare le condizioni patrimoniali del soggetto con cui intrattiene dei rapporti (unica ipotesi di assenza della valutazione è quella del credito sul pegno, dove tutta l'analisi si basa sul valore del bene concesso in pegno, il cui presumibile valore di mercato assicura il recupero della somma erogata)<sup>176</sup>.

In considerazione dell'attività e del ruolo che assume la banca nell'ambito del contesto finanziario nazionale, essa è soggetta ad un

---

<sup>175</sup> I fidi irregolari sono erogati a soggetti che risultano esser incapaci di assicurare una restituzione delle somme corretta a causa delle condizioni patrimoniali proprie

<sup>176</sup> A. Franchi, "La responsabilità della banca per concessione abusiva del credito", in *Dir. Comm. Internazionale* 2003, pp. 585 ss..

sistema di regole che disciplinano l'attività svolta per l'interesse della collettività e l'automatica soggezione ai controlli della Banca d'Italia (artt. 14, 56 e 57 del TUB), prevedendo come linea guida direttrice l'autorizzazione ai fini dell'espletamento dell'attività da parte della banca, per le modifiche dello statuto e per quelle operazioni straordinarie come le fusioni e le scissioni.

Le limitazioni a cui va incontro la banca sono considerevoli in considerazione della visibilità assunta da parte della stessa, infatti sono previsti degli indici di patrimonializzazione che delineano la quantità di credito che può essere erogato da parte della stessa banca per mantenere la stabilità patrimoniale e la stabilità del settore della raccolta del risparmio e dell'erogazione del credito.

La banca deve rispettare dei criteri che garantiscono l'opportunità di conseguire il rimborso delle somme concesse e deve, obbligatoriamente, dotarsi di strumenti riguardanti l'aspetto organizzativo interno che le diano la possibilità di procedere ad un'istruttoria consona, anche alla luce di valutazioni attinenti i rischi di insolvenza dei clienti, inducendo a ritenere che quindi il finanziamento deve essere concesso solo nei confronti di quelle imprese che potremmo definire sane.

Si ritiene, quindi, che si debba fare affidamento alla solvibilità delle imprese e che la stessa può rispondere del danno ingiusto arrecato a terzi soggetti nel qual caso vi sia una violazione delle norme attinenti la concessione del credito.

Si considera impossibile erogare credito, da parte della banca, nei casi in cui vi sia una situazione di crisi quando vi è una situazione di insufficienza dell'attivo rispetto al passivo, anche se allo stesso tempo non è considerata la circostanza che le stesse banche possano aiutare le imprese che, anche se non si delinei una perdita di capitale, non siano

capaci di continuare utilmente nell'attività visto che è venuta meno la continuità aziendale<sup>177</sup>.

La concessione abusiva di credito non gode di un espresso riconoscimento all'interno del nostro ordinamento giuridico, riconducendosi lo stesso fenomeno nell'ambito dell'illecito civile in relazione alla violazione del dovere di diligenza dell'operatore professionale e con induttiva responsabilità della banca in relazione al profilo patrimoniale, determinandosi sulla base del danno da informazione, in maniera analoga alla disciplina della responsabilità da prospetto.

Questa figura di danno si è formata maggiormente in altri ordinamenti giuridici europei, come quello francese e tedesco, dove molti giuristi hanno preso spunto ai fini delle riflessioni nel nostro territorio. L'inerzia mostrata dalla dottrina e dalla giurisprudenza è dovuta alla posizione di privilegio assunta da parte degli istituti di credito nel nostro sistema, il quale privilegio è dovuto alle funzioni di interesse pubblico svolte dagli stessi istituti di credito e dalla restrittività del concetto di responsabilità oggettiva insieme all'esclusione della risarcibilità della lesione dei diritti di credito<sup>178</sup>.

Seguendo un'impostazione analogica potremmo dire che, sulla base delle diverse teorie formulate dalla dottrina, la responsabilità per abusiva concessione di credito è assimilabile alla disciplina *ex art.* 1956 c.c., il quale articolo disciplina il caso di un fideiussore liberato se il creditore ha fatto credito al principale debitore, anche conoscendo le sue condizioni patrimoniali divenute insufficienti per soddisfare il credito.

---

<sup>177</sup> Campolattaro op. cit., p. 1371; Arato, op. cit., p. 253.

<sup>178</sup> Corte di Cassazione, sez. Unite, 22 luglio 1999, n. 500.

Sulla base di vari studi, si ritiene che i presupposti per poter parlare di responsabilità sono identificati dallo stato di dissesto, quando si determina la concessione o il rinnovo della linea di credito, e dall'elemento psichico caratterizzato dal dolo o dalla colpa della banca, la quale doveva agire utilizzando la diligenza professionale del buon banchiere e quindi doveva sapere dello stato di insolvenza in cui versava l'imprenditore<sup>179</sup>.

Esponendo alcune forme di fattispecie di concessione abusiva di credito, possiamo indicare quella che si determina quando la banca, anche se consapevole dell'insolvenza o potenziale insolvenza, concede l'apertura di credito, sapendo di non andar incontro ad alcun rischio essendo in possesso di garanzie personali o immobiliari riconosciute da terzi o ottenute sulla base di qualsivoglia mezzo, determinandosi che in casi di apertura della procedura fallimentare, la banca soddisferà le proprie ragioni di credito a favore di terzi. Altra tipologia di fattispecie è quella della società in crisi dalla quale si determina il riconoscimento di un mutuo ipotecario in favore del socio garante, affinché questi adempia alle obbligazioni societarie e divenendo da debito sociale a debito di natura personale garantito da ipoteche sui beni personali o a favore della stessa società insolvente o di una società terza facente parte di un gruppo. La dottrina maggioritaria ritiene che per parlarsi di responsabilità della banca si debba presupporre l'esistenza del dolo o della colpa grave, come già precedentemente indicato a livello generale, considerando anche l'art. 2236 c.c. in materia di responsabilità di tipo professionale, conseguentemente determinandosi una chiamata della banca a rispondere del danno arrecato a terzi nelle circostanze di clamoroso

---

<sup>179</sup> Trib. Monza, 14 febbraio 2002; Corte d'App. Milano, 11 maggio 2004.



errore, identificabile in un tempo antecedente o nei casi di non adeguamento agli obblighi di istruttoria minima, mentre non è considerato nel tema della responsabilità l'errore valutativo in senso stretto. Ulteriore elemento caratterizzante il danno aquiliano è certamente la sussistenza di un danno ingiusto e il nesso di causalità intercorrente tra la condotta tenuta dalla banca e il danno arrecato agli altri creditori.

Verso gli inizi degli anni novanta, in Italia, si sono registrate le prime pronunce che hanno decretato la responsabilità della banca per *culpa in omittendo*, relativamente alla condotta antiggiuridica di violazione delle regole e dei precetti tipici individuati dal sistema normativo che regola il sistema creditizio. Proprio la Corte di Cassazione, in una sua sentenza<sup>180</sup>, aveva indicato il principio per il quale lo *status* professionale dell'istituto creditizio determina un giudizio molto stringente della sua condotta tenendo fermi i doveri di diligenza.

A seguito di questa sentenza da parte della giurisprudenza è stato seguito un orientamento che comportasse delle sanzioni alquanto severe e, proprio per questo, è stato etichettato da parte del sistema bancario come “eccessivamente penalizzante”, determinandosi un intervento da parte del legislatore necessario che ha ridotto l'operatività di tutto il sistema revocatorio.

La disciplina del concordato preventivo, precisamente con la legge n. 80/2005, ha previsto l'esenzione dalla revocatoria per tutti quegli atti posti in essere ai fini dell'esecuzione di un piano che risulti essere idoneo a render possibile il risanamento dell'impresa e a garantire il riequilibrio

---

<sup>180</sup> Corte di Cassazione, 13 gennaio 1993, n. 343.

della situazione finanziaria, la cui attuabilità deve esser attestata da un professionista attestatore.

Questa esenzione prevista dalla riforma del concordato preventivo del 2005 è stata predisposta per quegli accordi di composizione stragiudiziale dell'insolvenza<sup>181</sup>, anche se il fine del concordato preventivo può esser anche la liquidazione finale dell'impresa per soddisfare i creditori ed evitare la procedura più complessa, quale il fallimento e non solo soffermandosi sull'obiettivo di salvaguardare la stessa.

Questa figura di concordato preventivo e soprattutto il *pactum de non petendo*, cioè il patto che rende il credito per un determinato periodo inesigibile, era stato considerato da parte della Suprema Corte legittimo anche se non si era determinata l'adesione favorevole da parte del ceto creditorio nella sua totalità<sup>182</sup>, anche se le difficoltà non erano state ancora risolte.

Considerando queste rilevanti modifiche normative determinatesi alla luce della riforma fallimentare, deve esser analizzata la fattispecie circa il fatto se l'adesione della banca ad un piano può esonerarla da revocatoria e anche da responsabilità per abusiva concessione di credito<sup>183</sup>.

Qui si apre una disputa sulla concessione della nuova finanza in merito all'adesione al piano di risanamento, che esclude ogni possibilità di azione risarcitoria, mentre altri giuristi sostengono che l'adesione non muta i contorni della problematica esaminata, non considerando

---

<sup>181</sup> Frascaroli Santi, "Effetti della composizione stragiudiziale dell'insolvenza", Padova 2005.

<sup>182</sup> Corte di Cassazione, 9 maggio 1992, n. 5525; Corte di Cassazione, 20 febbraio 1990, n. 1439.

<sup>183</sup> Bonfatti, "Le procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa", in "La disciplina dell'azione revocatoria", Milano 2005.

l'esistenza di un provvedimento di omologazione del Tribunale o meno<sup>184</sup>.

Taluni potrebbero ravvisare un'importanza riconosciuta alla relazione di un esperto che garantisca la fattibilità del piano, ma tale aspetto non ha rilevanza visto che in passato si veniva a delineare sempre la figura di un esperto che garantiva la fattibilità del piano, ma allo stesso modo non poteva escludere la responsabilità della banca nei casi di concessione di nuova finanza da parte della stessa.

Proprio considerando le pronunce da parte di diversi autori, possiamo dire che il legislatore non si è soffermato troppo sul tema della responsabilità per abusiva concessione di credito a causa della scarsa conoscenza del problema o proprio per la difficoltà di agire nell'ambito del delicatissimo aspetto della responsabilità civile.

Ulteriore problema che conferma la confusione insita in questo tema è quello della natura dell'immissione di nuove risorse in un'impresa in crisi concesse a seguito di un piano, non esistendo alcun riferimento normativo che attesti la prevedibilità o meno delle predette risorse nel caso poi di un successivo fallimento nel quale possa sfociare l'impresa in crisi; si ritiene però che, secondo alcuni giuristi, si dubiti della prevedibilità di queste nuove finanze concesse.

---

<sup>184</sup> Panzani, "Il D.L. 35/05, la legge 14 maggio 2005, n. 80 e la riforma fallimentare"; Bonfatti, Op. cit., 206.

## 4.5 La responsabilità del commissario e del liquidatore giudiziale

### 4.5.1 La responsabilità nell'ambito delle legge fallimentare

Il nostro ordinamento giuridico prevede che nelle circostanze in cui il commissario giudiziale si sia reso responsabile nel concordato preventivo del perseguimento di un interesse privato nell'ambito di qualsivoglia atto della procedura, tramite anche interposta persona o con l'utilizzo di atti simulati, è applicabile la sanzione della "reclusione da due a sei anni e la multa non inferiore a..." ed in aggiunta anche l'interdizione dai pubblici uffici.

Anche se la ragione che porta a questa estensione normativa si basa sul ruolo assunto da parte del commissario giudiziale, il quale assume la stessa qualifica riconosciuta al curatore e cioè quella di pubblico ufficiale<sup>185</sup>, lo stesso sorgono dei dubbi che rendono difficile la comprensione circa la motivazione sottesa alla limitazione dell'estensione alle fattispecie delittuose di cui agli artt. 228 e 229, non ricomprendendo anche l'art. 230 l. fall.. Viene ad esser suggerito che potrebbe ritenersi applicabile, visto che ricorre tale violazione, l'art. 2639 c.c. per il suo carattere sussidiario, il quale si riferirebbe a tutti gli amministratori giudiziari e i commissari governativi<sup>186</sup>. Allo stesso tempo vi è stata un'opposizione a questa idea proprio perché si prevede

---

<sup>185</sup> Corte di Cassazione, 22 novembre 1993, n. 10590.

<sup>186</sup> Antolisei, "Manuale", cit., pp. 332 e ss.

che tale disposizione nelle circostanze dolose prevede delle pene più gravi rispetto a quelle comminate dal predetto art. 230 l. fall.

Se l'art. 165 l. fall. identifica il commissario giudiziale pubblico ufficiale, non vi è alcuna norma che faccia riferimento al liquidatore giudiziale. Relativamente a tal profilo è stato attentamente individuato che si aveva la sicurezza della qualità di pubblico ufficiale e si dubitava della qualità di liquidatore giudiziale prima dell'ingresso della legge 26 aprile 1990 n.86.

Spostandoci da una prima collocazione della figura del liquidatore giudiziale in un campo privatistico, attualmente sembra che vi siano dei dubbi in relazione all'affermazione precedente conseguentemente alle modifiche legislative delineatesi all'art. 182 l. fall. e della posizione riconosciuta al soggetto.

In passato erano sorti dei dubbi circa la qualità di pubblico ufficiale del commissario giudiziale, dai quali dubbi era nata l'ipotesi di un'abrogazione tacita dell'art. 165 l. fall., prontamente esclusa dalla nuova disciplina fallimentare che ha reso del tutto tramontata l'idea di un'abrogazione tacita e, al contrario, ha rafforzato la posizione pubblicistica precedentemente riconosciuta.

Anche se è ravvisabile un silenzio legislativo in relazione all'art. 236 l. fall., non determinandosi alcun esplicito richiamo dell'art. 230 l. fall., sembra non suscettibile di spiegazione la motivazione che escluderebbe una punizione nei confronti del commissario giudiziale quando non ottemperi all'ordine posto dal giudice di depositare o consegnare delle somme o altre cose attinenti la procedura che lo stesso ha in suo possesso per il suo ufficio. Gli studiosi hanno effettuato un tentativo ritenendo applicabile al commissario giudiziale, responsabile di questo inadempimento, la disposizione di cui all'art. 2639 c.c., il quale tentativo

è stato valutato come inidoneo alla luce della maggior gravità del predetto reato, sia in relazione anche alla scarsa identificazione di questo organo all'amministratore giudiziario. In aggiunta, è stato oggetto di obiezione il mancato richiamo da parte della legge dell'art. 231 l. fall., produttivo di effetti giuridici nei confronti dei coadiutori del curatore e che porta a ritenere non giustificato questo mancato richiamo visto che è ritenuto legittimo che si possa far ricorso ad esperti che collaborino con il commissario giudiziale nello svolgimento del suo compito durante la procedura di concordato preventivo<sup>187</sup>.

Certamente è apparso dubbio il totale disinteresse mostrato da parte del legislatore in relazione alla regolamentazione delle condotte penalmente rilevanti riguardo all'attività effettuata da parte del liquidatore giudiziale.

In passato tale soggetto era considerato un semplice mandatario dei creditori e dello stesso debitore, però allo stesso modo non poteva non esser considerata la posizione riconosciuta con la riforma e i doveri cui poteva esser chiamato ad effettuare, il più delle volte non troppo differenti da quelli che dovevano esser compiuti da parte del curatore fallimentare, cosicché non risulti esser giustificato in alcun modo il fatto che lo stesso non sia stato affiancato alla figura del commissario giudiziale.

---

<sup>187</sup> AA. VV., "Commentario breve alla legge fallimentare", diretto da A. Maffei Alberti, cit., p. 1584, VI.

#### 4.5.2 La responsabilità fiscale

Analizzando il tema della responsabilità fiscale non risulta esser ravvisabile una responsabilità a carico del commissario giudiziale<sup>188</sup>, anche se bisogna specificare che, secondo la nuova disciplina legislativa, il debitore gode della possibilità di conservare il potere di amministrare i suoi beni e di poter dirigere la stessa impresa, a condizione che gli stessi poteri siano soggetti alla vigilanza del commissario giudiziale nell'ambito della procedura di concordato preventivo. In tempi recenti, in alternativa all'attuale previsione legislativa, era riconosciuto un potere di direzione del giudice delegato che attualmente è stato abrogato. Proprio alla luce di queste spiegazioni, lo stesso imprenditore concordatario risulterà esser titolare di obblighi e diritti inerenti alla posizione di soggetto d'imposta che si assume che porta a ritenere vigente il principio di riferibilità soggettiva tributaria.

Alcuni hanno ritenuto che lo svolgimento dell'attività di vigilanza potesse esser vista come una giustificata intromissione nella sfera giuridica del debitore, possibilità che deve esser perentoriamente esclusa.

Qualsivoglia responsabilità si volesse far collegare ad omissioni o non osservanze di stringenti comportamenti connessi allo svolgimento del compito da parte dello stesso organo comporta sempre degli effetti esclusivi di natura civile e penale, sulla base dei principi generali dell'ordinamento giuridico italiano<sup>189</sup>, tenendo sempre fermo la responsabilità fiscale dell'imprenditore.

---

<sup>188</sup> A.A., "Commentario breve alla legge fallimentare", diretto da A. Maffei Alberti, cit., p. 2019, IX; Zafarana, "Manuale tributario del fallimento e delle altre procedure concorsuali", cit., p. 281.

<sup>189</sup> Stasi, "Disciplina fiscale", in "Codice commentato del fallimento", diretto da Lo Cascio, p. 1986.

Dopo aver esaminato la figura del commissario giudiziale, possiamo passare a quella del liquidatore giudiziale che risulta più delicata nel concordato preventivo con cessione di beni.

L'organo in questione può gestire direttamente la procedura di liquidazione, realizzare il patrimonio oggetto di cessione, compiere la ripartizione dell'attivo in favore dei creditori, resistere ed instaurare delle controversie giudiziali e svolgere ogni forma di iniziativa che risulti esser essenziale. Proprio in considerazione di tutto ciò, non risulterebbe esser privo di fondamenta prospettare una riferibilità dirette delle attività, di cui lo stesso risulti esser identificabile come promotore, considerando anche le conseguenze fiscali derivabili.

Però bisogna prendere sempre in considerazione le pronunce giurisprudenziale e dottrinali riguardanti la ricostruzione delle relazioni tra imprenditore, liquidatore giudiziale ed amministrazione finanziaria che ci conduce alla qualifica di titolarità piena degli atti e delle responsabilità esclusivamente all'imprenditore, effettuando la liquidazione del patrimonio in nome dello stesso, anche se risulti esser perseguito l'interesse dei creditori. In tempi antecedenti era stato confermato che a tale figura non potessero esser oggetto di applicazione gli artt. 36 e 98 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 602 che sono riferibili alla responsabilità dei liquidatori della società, escludendosi un'analogica applicazione.

Il liquidatore giudiziale dovrebbe esser qualificato come mandatario, secondo gli orientamenti privatistici, e la cessione non dovrebbe comportare nessuna forma di effetto traslativo in capo ai creditori dei beni<sup>190</sup>. Tuttavia il ruolo del liquidatore giudiziale è apparso alquanto

---

<sup>190</sup> Corte di Cassazione, 13 aprile 2005, n. 7661.



dubbioso dinanzi alla pretesa tributaria sui beni ceduti, conseguentemente all'atteggiamento confusionario seguito da parte dell'amministrazione finanziaria<sup>191</sup>.

Successivamente non si sarebbe dovuto mutare l'inquadramento giuridico rappresentato sulla base della riforma normativa perché l'aspetto privatistico del concordato preventivo avrebbe dovuto seguire il riferimento dei rapporti tributari all'imprenditore, delineandosi una limitazione della posizione degli organi a semplici controllori della legittimità delle attività assunte.

Contrariamente, sulla base del decreto correttivo, il quale ha ripreso la disciplina fallimentare in relazione alla figura del liquidatore giudiziale ed al comitato dei creditori, si è ipotizzato di applicare l'assetto giurisdizionale al liquidatore giudiziale. Allo stesso modo si è determinato per la vendita dei beni l'estensione di quella fallimentare.

Taluni potrebbe pensare, sulla base della previsione legislativa *ex art.* 182 l. fall., "se non dispone diversamente", che è riconosciuta una libertà nei confronti dell'imprenditore di determinare delle differenti modalità di liquidazione, ma la consuetudine indica l'esercizio di pubblici poteri<sup>192</sup>.

---

<sup>191</sup> A. Mafferi Alberti, "Commentario breve alla legge fallimentare", cit., p. 2019, IX.

<sup>192</sup> Corte di Cassazione 17 luglio 2014, n. 16373; Zafarana, "Manuale tributario del fallimento e delle altre procedure concorsuali", cit., pp. 281-282.

## BIBLIOGRAFIA

- G. F. Campobasso, “Diritto commerciale 3 contratti, titoli di credito, procedure concorsuali”, terza edizione, Utet Giuridica.
- G. Lo Cascio, “Il concordato preventivo e le altre procedure concorsuali”, nona edizione, Giuffrè editore.
- S. Ambrosini, “Il nuovo diritto della crisi d’impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica”, prima edizione 2016, Zanichelli editore.
- G. Bersani, “La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell’ambito del sub-procedimento previsto dall’art. 173 L.F.”, articolo 2 ottobre 2014, il diritto degli affari.it.
- G. La Croce, “La “confessio” salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu”, il Fallimento 3/2015.
- I. Pagni, “Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo: un dialogo a due voci - la legittimazione alle

azioni di responsabilità nel concordato preventivo”, *Le Società* 5/2015, Iusimpresa.

- M. Fabiani, “Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo: un dialogo a due voci – le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo”, *Le Società* 5/2015, Iusimpresa.
- M. Monteleone, “La responsabilità penale e civile dell’attestatore nei procedimenti di composizione della crisi d’impresa”, OCI.
- A. Fantozzi, “Diritto tributario”, Torino Utet giuridica 2012.
- Stasi, “Il nuovo diritto fallimentare”, Bologna 2010.
- G. Canale, “Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione”, Padova 2005.
- G. Bozza, “Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi”, in *Fallimento* 2014.
- A. Jorio, “La riforma fallimentare: pregi e carenze delle nuove regole”, in *Giur. comm.* 2013.

- S. Ambrosini, “La società per azioni. La responsabilità degli amministratori”, in Trattato di diritto commerciale, Padova 2010.
- Campolattaro, “La concessione abusiva di credito”, in Impresa 2006.

## Riferimenti giurisprudenziali

- Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 28 marzo 2006 n.7030.
- Tribunale di Foggia, 7 maggio 2002.
- Corte d'Appello di Bari, 17 giugno 2002.
- Corte d'Appello di Bari, 2 luglio 2002.
- Corte d'Appello di Bari, 18 febbraio 2003.
- Corte di Cassazione, sezioni unite, 23 gennaio 2013, n. 1521.

## RIASSUNTO

Il primo capitolo illustra in maniera sintetica e precisa l'istituto del concordato preventivo, partendo da un excursus storico che analizza la nascita dello stesso e affronta gli aspetti relativi alla procedura in sé, in particolare i caratteri generali e gli stessi presupposti di applicazione, l'ammissione alla procedura, lo svolgimento della stessa e l'esecuzione, risoluzione ed annullamento del concordato. L'ultimo paragrafo invece affronta le ultime novità emanate nell'agosto 2015 con la conversione in legge del Decreto Legge del 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale (L. 6 agosto 2015, n. 132, pubblicata su Gazzetta Ufficiale, n. 192, del 20 agosto 2015). Le stesse hanno un'importanza considerevole relativamente alla disciplina del concordato, per questa ragione ho ritenuto necessario dedicare un intero paragrafo al suddetto argomento.

Il secondo capitolo affronta un tema che ho sentito fortemente poiché, il mio percorso di studi accademici, è stato caratterizzato dallo studio della materia tributaria e proprio per questo ho voluto dedicare un capitolo intero agli aspetti di natura fiscale.

Ho iniziato la trattazione affrontando il tema delle connessioni tra il diritto tributario e il diritto fallimentare, ed ho concluso con un paragrafo che illustra in maniera specifica ed esaustiva tutti i pericoli e le problematiche di un istituto alquanto delicato nell'ambito della materia tributaria, come l'istituto della "transazione fiscale".

"Gli atti di frode nel concordato preventivo" è il titolo del terzo capitolo grazie al quale ci addentriamo specificatamente nell'argomento oggetto del mio elaborato e abbiamo un primo approccio allo studio

dell'elemento frodatorio correlato al concordato preventivo. Esso si caratterizza per un primo capitolo che spiega il concetto di frode, assumendo un ruolo di apripista rispetto al tema in esame. Nel secondo paragrafo, intitolato "la rilevanza degli atti di frode", ho esposto le questioni interpretative dottrinali oggetto di dibattito tra i vari giuristi, in particolar modo la funzione dell'art. 173 della legge fallimentare inteso come "valvola di sicurezza", le soluzioni dottrinali attinenti le questioni prospettate, le interpretazioni della giurisprudenza di legittimità e, infine, la spiegazione riguardante l'elemento soggettivo intrinseco nell'ambito delle potenziali condotte di natura frodatoria. Nell'ultimo paragrafo ho ritenuto opportuno affrontare un tema correlato all'argomento della tesi e dello stesso terzo capitolo, precisamente la tesi della "confessio salvifica", illustrando la sua portata e concludendo con le varie critiche mosse nei confronti della stessa.

L'ultimo argomento da me analizzato è stato quello riguardante la responsabilità nel concordato preventivo, con un'analisi circa le singole responsabilità a cui gli organi e i soggetti interessati vanno incontro. Sono sempre partito da una spiegazione del concetto di responsabilità che ha assunto una funzione di premessa rispetto al tema affrontato e proprio per questo ho ritenuto opportuno analizzare la responsabilità degli amministratori della società, soffermandomi sul ruolo assunto dalla stessa in merito all'argomento e sul ruolo dei creditori sociali. Una questione intrinseca affrontata riguarda il riconoscimento della legittimazione, se la stessa è riconosciuta nei confronti del liquidatore giudiziale o nei confronti dei creditori sociali. Successivamente ho compiuto una esplicazione circa il ruolo del professionista attestatore sulla base dell'analisi della responsabilità penale ai sensi dell'art. 236-bis della legge fallimentare e concludendo con l'analisi della

responsabilità civile a cui va incontro lo stesso, mentre nel quarto paragrafo mi sono concentrato su una particolare figura di responsabilità e cioè quella della banca per abusiva concessione di credito. La parte conclusiva del capitolo affronta il tema della responsabilità in relazione alla figura del commissario giudiziale e del liquidatore giudiziale, esponendo inizialmente gli aspetti riguardanti la responsabilità civile e penale degli stessi e successivamente analizzando l'argomento della responsabilità di natura fiscale, già affrontato nel secondo capitolo.