

Proposta

Cassazione Civile, Sez. I, 19 novembre 2018, n. 29740 - Pres. C. De Chiara - Rel. R.M. Di Virgilio - P.M. I. Zeno (conf.) - Costruzioni Viola S.a.s. di V. M. & c. et al. c. Fallimento Costruzioni Viola S.a.s. di V. M. & c. et al.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Presentazione della proposta e del piano di concordato - Decorrenza del termine - Data di presentazione della domanda

(Legge fallimentare artt. 161, 168; cod. proc. civ. art. 153)

Nel caso di presentazione della domanda di concordato con riserva di cui all'art. 161, comma 6, l.fall., come introdotto dall'art. 33, D.L. n. 83/2012, conv. con modif. dalla L. n. 134/2012, il termine che il giudice concede per il deposito della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi 2 e 3 del citato articolo, decorre dalla data di presentazione della detta domanda, non da quella dell'emissione del provvedimento con cui il giudice concede il termine, né dalla comunicazione di tale provvedimento da parte della cancelleria.

La Corte (*omissis*).

1) Col primo mezzo, i ricorrenti denunciano il vizio di violazione e falsa applicazione degli artt. 160 e 161 l.fall.; sostengono che è errata l'interpretazione della Corte del merito, di decorrenza del termine di cui all'art. 161 l.fall., comma 6, dalla data di deposito della domanda, mentre il termine deve ritenersi decorrere dal provvedimento, anzi, dalla comunicazione dello stesso, militando a favore di detta interpretazione la formulazione letterale della norma e ragioni di ordine sistematico, dato che la concessione del termine comporta pur sempre una positiva verifica da parte del Tribunale della sussistenza dei presupposti minimi, ed è coerente con il favore del legislatore per la soluzione negoziale della crisi.

2) Col secondo motivo, i ricorrenti prospettano la violazione e falsa applicazione dell'art. 161 l.fall., in relazione al rilievo della Corte d'appello, che ha collegato la decorrenza del termine alla produzione per i creditori delle "preclusioni" di cui all'art. 168 l.fall., mentre gli effetti della presentazione del ricorso decorrono, giusta la novella di cui al D.L. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, nella L. 7 agosto 2012, n. 134, dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, ed in ogni caso non v'è ragione di far coincidere detti termini stante le diverse finalità dagli stessi perseguite.

3) Col terzo mezzo, si denuncia la mancata pronuncia da parte della Corte d'appello sul motivo di doglianza relativo alla ritenuta inammissibilità della domanda di concordato pieno depositata dopo lo spirare del termine per l'integrazione, contestandosi altresì l'assunto che nel caso sarebbe stata necessaria la preventiva rinuncia del debitore alla domanda di concordato in bianco.

4) Col quarto mezzo, i ricorrenti si dolgono del rigetto dell'istanza di proroga, emesso dopo lo spirare del termine concesso al debitore per la presentazione del piano concordatario, così violando il diritto di difesa e di accesso alla procedura minore.

5) Col quinto motivo, i ricorrenti denunciano la violazione o falsa applicazione dell'art. 161 l.fall., artt. 24 e 111 Cost., per avere la Corte del merito condiviso il rilievo del

Tribunale, sul fatto che l'in[s]olvenza era risalente ed osservato che proprio la complessità della situazione avrebbe richiesto la predisposizione per tempo del piano concordatario, mentre la norma, nel prevedere che la proroga debba essere assistita dai giustificati motivi, richiede che il Giudice valuti nel merito gli specifici motivi addotti dalla parte.

I primi due motivi, strettamente collegati, vanno valutati unitariamente e sono da ritenersi infondati.

I due motivi pongono la questione della decorrenza del termine che, [una] volta che il debitore abbia presentato la domanda di concordato con riserva di presentazione della proposta, del piano e della documentazione, ex art. 161 l.fall., comma 6, spetta al giudice fissare e che per dettato normativo è compreso tra sessanta e centoventi giorni, o, in caso di pendenza del procedimento per la dichiarazione di fallimento, è previsto nel termine fisso di sessanta giorni (ex art. 161 l.fall., u.c.) ed è prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni, per ambedue i casi indicati.

La tesi dei ricorrenti è chiarissima: gli stessi mettono l'accento sulla "fissazione" del termine da parte del giudice, all'esito della valutazione preliminare sulla sussistenza dei presupposti minimi (competenza per territorio, qualità soggettiva del debitore, completezza della documentazione, insussistenza della causa ostativa ex art. 161 l.fall., comma penultimo), sull'intento del legislatore di agevolare l'accesso alla procedura concordataria, e, di contro, obiettano che è errata la motivazione addotta dalla Corte d'appello, che ha valorizzato il collegamento tra la data di presentazione della domanda e la data di produzione dei relativi effetti per i creditori, dato che nella specie si applica la novella di cui al D.L. n. 83 del 2012, art. 33, per cui gli effetti della presentazione del ricorso per i creditori si producono dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

Detta tesi deve ritenersi infondata.

Occorre partire a riguardo dal rilievo di fondo che la fissazione del termine da parte del giudice va ad inserirsi in una fattispecie procedimentale che, come correttamente osserva la difesa del Fallimento, vede coinvolti

anche soggetti, i creditori, che in questa prima fase, e sino all'udienza per la dichiarazione di voto, non possono interloquire, pur subendo gli effetti protettivi della presentazione della domanda dalla pubblicazione della stessa nel registro delle imprese, che la cancelleria dispone entro il giorno successivo alla presentazione della domanda, ex art. 168, comma 1 e art. 161, comma 5, come novellati dal D.L. n. 83 del 2012 (ed a riguardo è agevole rilevare l'erroneità del riferimento della Corte d'appello alla data della mera presentazione del ricorso, dovendosi applicare *ratione temporis* la novella, erroneità che va emendata ex art. 384 c.p.c., comma 4).

Pur con la precisazione di cui sopra, è corretto il collegamento operato dalla Corte d'appello tra la domanda di concordato con riserva e gli effetti per i creditori, mentre diverso ed ulteriore è il profilo della consecuzione delle procedure, ex artt. 69-bis e 169 l.fall., alla quale si riferiscono i ricorrenti.

Ed è proprio l'interpretazione sistematica della normativa, intesa alla stregua della finalità perseguita dal legislatore e del necessario bilanciamento degli interessi coinvolti (del debitore ad accedere alla procedura minore e dei creditori a vedere soddisfatti i propri diritti di credito) che induce a ritenere che il termine concedibile, nel nostro caso, nella misura massima di gg. 60, decorra dalla presentazione della domanda.

E d'altra parte, a ritenere che il termine decorra dalla comunicazione del provvedimento giudiziale, si potrebbe determinare un sostanziale aggiramento delle stringenti previsioni di legge, relative alla durata massima del termine ed alla proroga dello stesso, nel caso di ritardo da parte del giudice nell'emissione del provvedimento e della cancelleria nella comunicazione dello stesso.

Vanno pertanto respinti i primi due motivi di ricorso, e va reso a riguardo il seguente principio di diritto: "Nel caso di presentazione della domanda di concordato con riserva, di cui all'art. 162 l.fall., comma 6, come introdotto dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 33, convertito con modificazioni nella L. 7 agosto 2012, n. 134, il termine che il giudice fissa per la presentazione della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi 2 e 3 della norma cit., compreso tra sessanta e centoventi giorni, ovvero il termine fisso di giorni sessanta, previsto dal decimo comma nel caso che sia pendente il procedimento per la dichiarazione di fallimento, decorrono dalla data di presentazione della domanda di concordato".

Il terzo motivo è inammissibile.

Va rilevato infatti che la questione della "nuova" domanda di concordato (*rectius*, se il deposito della documentazione all'udienza del 24/4/2014 potesse valere quale deposito *ex novo* di domanda di concordato pieno in sostituzione della domanda precedente) era stata affrontata e risolta negativamente nel decreto depositato il 28/4/2014 nel senso dell'inammissibilità, in difetto di espressa rinuncia alla domanda ex art. 162 l.fall., comma 6, ma non è stata fatta valere nel giudizio di reclamo: non ne tratta la Corte d'appello e gli stessi ricorrenti, a pag. 13 del ricorso, nel riferire del contenuto del reclamo sul punto, ne richiamano un passo, nel quale si poneva solo la questione

dell'ammissibilità dell'integrazione tardiva della domanda con riserva, e non già della presentazione di una nuova domanda e della rinuncia alla precedente.

Ne consegue che non vi è stata alcuna omissione di pronuncia a riguardo da parte della Corte d'appello, dato che, per principio consolidato, ove, nel ricorso per cassazione, siano prospettate questioni di cui non vi è traccia nella sentenza impugnata, è onere della parte ricorrente, al fine di evitare la statuizione di inammissibilità per novità della censura, non solo allegare l'avvenuta deduzione innanzi al giudice, ma anche, in ossequio al principio di autosufficienza, indicare in quale specifico atto del giudizio di merito fosse avvenuta detta deduzione, onde dar modo alla Suprema Corte di controllare *ex actis* tale asserzione prima di esaminare il merito di detta questione (così, tra le ultime, le pronunce 13/6/2018, n. 15430, 18/10/2013, n. 23675, 26/2/2007, n. 4391).

Il quarto ed il quinto mezzo vanno valutati unitariamente, in quanto strettamente collegati (il primo, attinente agli aspetti processuali, il secondo a quelli sostanziali della proroga del termine) e sono da ritenersi infondati.

I ricorrenti sostengono la violazione del diritto di difesa e del diritto di accesso alla procedura, per essere stata rigettata l'istanza di proroga dopo che era spirato il termine concesso al debitore: a riguardo, va rilevato che non è prevista da alcuna disposizione di legge che la decisione del tribunale sulla richiesta di proroga debba intervenire prima dello scadere del primo termine, né un tale principio è necessitato dal rispetto del diritto di difesa, dato che nulla impedisce al debitore di predisporre per tempo la documentazione necessaria, né i ricorrenti possono far valere a riguardo impedimenti di mero fatto, legati alla presentazione dell'istanza di proroga a ridosso della scadenza del primo termine concesso (istanza del giovedì 10/4/2014, a fronte della scadenza del lunedì 14/4/2014), e quindi proprio ad un uso non prudentemente calibrato di quelle cadenze procedurali dagli stessi invocate.

Quanto al profilo più propriamente "sostanzialistico" della ricorrenza dei "giustificati motivi", questa Corte si è espressa nel senso di ritenere che il termine fissato dal giudice al debitore, ai sensi dell'art. 161 l.fall., comma 6, per la presentazione della proposta, del piano e dei documenti del c.d. concordato "con riserva" ha natura perentoria e disciplina mutuata dall'art. 153 c.p.c., cosicché non è prorogabile a richiesta della parte o d'ufficio se non in presenza di giustificati motivi, che devono essere allegati dal richiedente e verificati dal giudice, la cui decisione è insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivata (in termine le pronunce del 31/3/2016, n. 6277, e del 13/6/2018, n. 15435).

E la recente pronuncia del 31/5/2018, n. 13999 ha a riguardo specificamente affermato che "il tribunale non è chiamato soltanto a verificare l'assenza di condotte abusive o di eventuali violazioni dell'obbligo di corretta gestione da parte del debitore, bensì a valutare anche l'esistenza di validi motivi posti a fondamento della richiesta di proroga. Ovviamente tali giustificati motivi non possono che consistere in fatti, indipendenti dalla volontà

del debitore, che siano idonei a giustificare il mancato deposito della proposta, del piano e della documentazione nel termine originariamente assegnato”.

Nel caso di specie, la Corte del merito, confermando quanto ritenuto dal Tribunale nel decreto del 16/4/2014, ha rilevato come, alla stregua dei documenti allegati dal Fallimento, risultasse la società in stato di insolvenza già anteriormente al deposito delle tre istanze di fallimento, per cui, proprio a ragione della complessità della situazione invocata dai reclamanti, questi avrebbero

dovuto per tempo adoperarsi per predisporre un piano concordatario.

La Corte ha pertanto escluso la ricorrenza dei “giustificati motivi” per concedere la proroga, ritenendo attribuibile alla stessa parte il ritardo nella presentazione della domanda di concordato, e tale motivazione, resa alla stregua dei documenti in atti, è dirimente, e tale da superare le giustificazioni addotte dai reclamanti.

Conclusivamente, va respinto il ricorso.

(*omissis*).

Concordato preventivo e principio di autoresponsabilità del debitore insolvente di Marcello Gaboardi (*)

Con la sentenza in commento la Corte di cassazione stabilisce che il termine per la presentazione della proposta e del piano concordatario a completamento della domanda di concordato preventivo con riserva decorre dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 161, comma 5, l.fall. La Suprema Corte giustifica questa conclusione in ragione della necessità di uniformare il momento a partire dal quale decorre il termine di integrazione della domanda di preconcordato con quello a partire dal quale si producono gli effetti protettivi del patrimonio debitorio e della *par condicio creditorum* ai sensi dell'art. 168 l.fall. La conclusione del giudice di legittimità sembra tuttavia ulteriormente valorizzabile alla luce del principio di autoresponsabilità del debitore insolvente, che è sotteso alla natura preventiva del concordato e alla sua funzione di assicurare ai creditori un risultato economicamente migliore della liquidazione fallimentare.

Introduzione

La sentenza della Corte di cassazione che qui si commenta consente di riconoscere un principio in tema di concordato preventivo la cui affermazione *on the books* è tanto pacifica quanto la tendenza a disattenderlo *in action*.

Questo principio, applicabile anche alle altre soluzioni negoziate della crisi d'impresa, potrebbe qualificarsi come il principio di autoresponsabilità del debitore insolvente. Esso rappresenta soltanto una delle possibili declinazioni del canone generale della autoresponsabilità e trova una particolare applicazione nel caso in cui il debitore insolvente manifesti la volontà di affrontare la propria problematica situazione finanziaria e patrimoniale per il tramite di una soluzione concordata con i suoi creditori. Una soluzione,

quest'ultima, che per quanto possa avere - come quasi sempre accade - un contenuto puramente liquidatorio, esige nondimeno che l'azienda conservi alcuni margini finanziari che assicurino la temporanea continuazione dell'attività imprenditoriale fino alla formazione dell'accordo concordatario e, soprattutto, la capacità del piano concordatario di offrire una percentuale (o, comunque, una modalità) di soddisfazione dei creditori migliore rispetto a quella che sarebbe garantita dalla liquidazione fallimentare del patrimonio del debitore (1).

In questo contesto il debitore insolvente agisce in modo coerente con il principio di autoresponsabilità quando assolve all'onere, implicito nella disciplina del concordato preventivo, di agire *tempestivamente* con la proposizione della domanda di concordato, anche se priva della proposta e del piano *ex art.* 161,

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

(1) Sulla necessaria idoneità del concordato preventivo ad assicurare una soddisfazione del ceto creditorio migliore economicamente rispetto alla liquidazione fallimentare e, in generale, alle alternative concretamente praticabili v., in particolare, Cass. 23 novembre 2016, n. 23882, in *Mass. Giust. civ.*, 2017; Trib. Piacenza 6 giugno 2014, in *www.ilcaso.it*, con riferimento al giudizio di

omologazione del concordato preventivo, a cui *adde* App. Firenze 8 maggio 2017; Trib. Milano 15 novembre 2016, in *www.ilcaso.it*, in tema di giudizio di fattibilità del piano concordatario. In dottrina v., per tutti, G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*⁹, Milano, 2015, 24 ss. e M. Fabiani, *Sub art. 2221*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2014, 49 ss. Cfr. anche G. Racugno, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 895 ss.

comma 6, l.fall. (2). La tempestività dell'iniziativa del debitore assicura, infatti, l'efficacia della soluzione concordataria; assicura cioè che il concordato possa effettivamente fungere da rimedio *alternativo* alla (e *preventivo* della) liquidazione fallimentare (3). Ed infatti, se è vero che quest'ultima procedura costituisce un rimedio residuale contro l'insolvenza che può (e deve) essere esperito quando la condizione finanziaria e patrimoniale del debitore non può essere affrontata che in chiave puramente liquidatoria, è altrettanto vero che la procedura concordataria, pur potendosi atteggiare anch'essa come rimedio contro una condizione di vera e propria insolvenza del debitore (4), mira nondimeno a conseguire una soluzione, anche soltanto liquidatoria, che sia però economicamente più vantaggiosa per il ceto creditorio rispetto alla liquidazione fallimentare. Il che significa che essa presuppone (ed esige) una capacità patrimoniale e finanziaria del debitore non ancora definitivamente e totalmente compromessa. E ciò che attesta l'esistenza di una tale capacità è, per l'appunto, la tempestività dell'iniziativa debitoria, in quanto essa impedisce quell'aggravamento della condizione del debitore che impone la liquidazione fallimentare come unica via d'uscita. L'assolvimento dell'onere della tempestività assicura, infatti, al debitore concordatario la possibilità di contribuire in misura determinante alla programmazione della liquidazione (o, più raramente, della continuazione) aziendale in virtù di uno spossessamento soltanto attenuato, così come consente al ceto creditorio di beneficiare di un maggior grado di tutela e di soddisfazione rispetto alla liquidazione fallimentare.

Come detto, però, ciò che è vero in astratto non trova poi una coerente applicazione in concreto. Solitamente accade che il debitore insolvente tenta di

accedere alla procedura concordataria anche quando l'insolvenza è ormai divenuta ingestibile su una base meramente negoziale e la soluzione concordata non è più in grado di assicurare ai creditori un risultato economicamente migliore della liquidazione in sede fallimentare. Di talché, ogni qualvolta la richiesta di accesso alla procedura di concordato preventivo è tardiva (ben inteso: rispetto alla dinamica dell'insolvenza nel caso concreto), si verifica una chiara forma di autoresponsabilità del debitore insolvente, che, secondo la logica propria di questo principio, comporta che all'"azione ... in atto, quale storicamente è, si surroga l'azione ... astratta, *quale avrebbe dovuto essere*" (5). In altri termini, la presentazione tardiva della domanda di concordato, disattendendo l'onere di gestire in forma negoziata la crisi d'impresa quando è ancora possibile garantire ai creditori una soddisfazione migliore rispetto a quella fallimentare, comporta l'apertura, su istanza di parte o del pubblico ministero, della liquidazione giudiziale, che avrebbe dovuto richiedere, a suo tempo, il debitore insolvente.

La vicenda processuale e le argomentazioni dei giudici di merito

Questa lettura del rapporto tra il debitore (e, in particolare, il debitore insolvente) e l'onere della tempestiva richiesta di accesso alla procedura concordataria consente di spiegare le ragioni che stanno alla base della decisione qui commentata.

Ogni sentenza è profondamente radicata nella vicenda processuale dalla quale scaturisce. E da questa conviene quindi prendere le mosse per comprendere il ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza in commento. La Cassazione ha disposto

(2) Sulla rilevanza dell'onere della tempestività della presentazione di una domanda di concordato preventivo con riserva alla stessa stregua della domanda di concordato preventivo pieno v. M. Ferro, *Sub art.* 161, in *La legge fallimentare*³, a cura di M. Ferro, Padova, 2014, 2137-2138. Cfr. anche M. Fabiani, *La domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in *Foro it.*, 2012, I, 3184. Più recentemente v. M. Arato, *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, 2011, 83 ss.

(3) Cfr. Cass., SS.UU., 15 maggio 2015, n. 9935, in questa *Rivista*, 2015, 774 ss. ("Dopo la riforma, il concordato preventivo ... ha mantenuto la funzione di prevenire il fallimento attraverso una soluzione alternativa della crisi"); Cass. 11 ottobre 2018, n. 25210, in *Mass. Giust. civ.*, 2018 ("La domanda di concordato preventivo presentata dal debitore non per regolare la crisi dell'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma con il palese scopo di differire la dichiarazione di fallimento, è inammissibile in quanto integra gli estremi di un abuso del processo").

(4) Sull'ampliamento del requisito oggettivo di ammissibilità della domanda di concordato preventivo, esteso dallo stato di crisi alla vera e propria condizione di insolvenza ad opera delle riforme

del 2006-2007, v. criticamente G. Bozza, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in questa *Rivista*, 2005, 952 ss.; S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2008, 24, ove ampi riferimenti.

(5) Le parole tra virgolette sono tratte da S. Pugliatti, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 452 ss. (il corsivo è dell'Autore) ove ampi riferimenti. Osserva ancora Pugliatti che "[l]autoresponsabilità non produce lesioni nella sfera giuridica altrui, e quindi le conseguenze devono riferirsi alla sfera del soggetto agente", di talché "là dove l'onere si combina con un dovere a protezione dell'interesse generale ... si dovrà ricorrere, per ristabilire l'equilibrio, all'applicazione, in via repressiva, delle sanzioni normalmente collegate alla responsabilità verso altri". Conclude l'Autore osservando che, in questi casi, "poiché il pregiudizio non si è (ancora) verificato, è possibile operare *in via preventiva*, assumendo l'azione non già in relazione al suo contenuto reale, bensì per il suo contenuto doveroso" (il corsivo è dell'Autore).

il rigetto di un ricorso presentato da una s.a.s. e dal suo socio accomandatario avverso la pronuncia con cui la Corte di appello di Brescia aveva respinto il loro reclamo contro la sentenza con cui il Tribunale fallimentare della medesima città, dopo avere sancito l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo con riserva presentata dalla s.a.s., aveva dichiarato il loro conseguente fallimento.

Sintetizzando un percorso processuale molto complesso, può dirsi che il Tribunale fallimentare di Brescia aveva concluso per l'inammissibilità della domanda di concordato con riserva in ragione del tardivo completamento della domanda da parte del debitore, atteso che la documentazione richiesta dalla legge - a cominciare ovviamente dal piano concordatario - era stata presentata soltanto nel corso dell'udienza in camera di consiglio ai sensi dell'art. 162, comma 2, l.fall., e cioè successivamente alla scadenza del termine di 60 giorni per la presentazione della proposta, del piano e della restante documentazione integrativa.

L'inammissibilità era giustificata, però, anche sulla scorta del rigetto - disposto dal Tribunale con un provvedimento contestuale, ma logicamente pregiudiziale, a quello di fissazione dell'udienza - di un'istanza di proroga del termine di 60 giorni che era stata presentata dalla società insolvente soltanto 4 giorni prima della scadenza. Il diniego della proroga era motivato dal Tribunale con una argomentazione tanto semplice quanto pienamente coerente con la natura del concordato preventivo, a cui si è già fatto cenno in precedenza richiamando il principio di autoresponsabilità del debitore. L'argomentazione sviluppata dal Tribunale si è limitata, cioè, a prendere atto dell'"eccessivo ritardo" (6) con cui il debitore ha assunto l'iniziativa per l'accesso alla procedura concordataria. Un ritardo che, come preciserà poi la Corte di appello di Brescia nel confermare la dichiarazione di inammissibilità, risultava già dalla constatazione - presente finanche nella domanda della debitrice - di uno stato di insolvenza risalente negli anni e comprovato non solo (e non tanto) dalla contestuale pendenza di plurime istanze di fallimento da parte dei creditori, ma anche (e soprattutto) da una serie di relevantissimi indizi circa uno stato di crisi avanzato della società (7).

Secondo il Tribunale di Brescia, infine, l'inammissibilità della domanda di concordato con riserva non sarebbe stata impedita nemmeno dall'argomento secondo cui la presentazione dei documenti integrativi nel corso dell'udienza (*id est*: in un momento in cui il termine per completare la domanda di concordato era ormai decorso) potesse valere come proposizione di una nuova domanda di concordato pieno. E questo perché - come sostenuto dal Tribunale - la mancata rinuncia alla domanda con riserva non avrebbe potuto legittimare la medesima debitrice a proporre un'autonoma domanda di concordato pieno. La questione non è stata ulteriormente esaminata nel corso della vicenda processuale in quanto non è stata riproposta dalla società fallita in sede di reclamo, di talché la sua successiva censura in sede di legittimità è stata correttamente ritenuta inammissibile in quanto nuova. Nonostante ciò, il punto resta di estremo interesse soprattutto in chiave processuale civile, di talché su di esso si tornerà brevemente nelle prossime pagine.

Come ricordato nella sentenza commentata, la Corte di appello di Brescia respingeva il reclamo della società e del socio accomandatario. In particolare, la sentenza sul reclamo escludeva che la nullità del decreto di inammissibilità della domanda di concordato (e, quindi, della conseguente sentenza di fallimento) potesse conseguire al semplice fatto che - come denunciato dai reclamanti - l'istanza di proroga del termine per la presentazione della proposta e del piano concordatario fosse stata rigettata dal Tribunale con un provvedimento (assunto e) comunicato successivamente alla scadenza del termine. A sostegno di questa conclusione, la Corte di appello non solo rilevava che il carattere conclamato dell'insolvenza negava la legittimità di una proroga, ma, su un piano prettamente processuale, in risposta alle contestazioni dei reclamanti, stabiliva che la decisione del Tribunale non aveva comunque arrecato lesioni al diritto di difesa o al principio di effettività della tutela giurisdizionale per essere intervenuta dopo la scadenza del termine.

Come si vedrà, anche le motivazioni della sentenza sul reclamo sono estremamente importanti per la valutazione della decisione in commento e possono, dunque, essere specificate alla luce della ricostruzione che ne ha fatto la Corte di legittimità.

(6) Le parole tra virgolette sono tratte dalla sentenza in commento.

(7) La Corte di cassazione, nel ripercorrere in particolare gli argomenti impiegati dalla Corte di appello di Brescia nel rigettare il reclamo della fallita (e del socio illimitatamente responsabile fallito per estensione), rileva che la società, pur avendo presentato la

domanda di concordato con riserva nel 2014, "era protestata dal 2013" e che "era stato trascritto un primo pignoramento immobiliare nel novembre 2012, seguito da altre iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli ed anche dalla domanda di concordato con riserva emergeva che l'esercizio 2012 si era chiuso negativamente".

(i) In primo luogo, la Corte di appello ha ribadito che il termine di 60 giorni per il completamento della domanda di concordato con riserva è stato fatto decorrere correttamente dalla data di pubblicazione (8) della domanda, in quanto tale momento, se non determina la vera e propria apertura della procedura concordataria (9), segna comunque la preclusione dell'art. 168 l.fall. nei confronti del ceto creditorio.

(ii) In secondo luogo, la Corte di appello ha statuito che la decisione di negare la proroga era stata assunta dal Tribunale fallimentare in tempi che potremmo definire ragionevoli (*id est*: 6 giorni dopo la presentazione della relativa istanza) e comunicata alla società nei 2 giorni successivi, senza che potesse assumere rilevanza in proposito il fatto che la decisione sulla proroga fosse stata assunta dopo la scadenza del termine (10).

Come accennato, il giudice del reclamo ha ommesso invece ogni riferimento alla possibilità - negata dal Tribunale fallimentare - di qualificare il deposito della documentazione integrativa (dopo lo spirare dei 60 giorni) come modalità propositiva di una nuova domanda di concordato pieno, dal momento che la ricordata inerzia dei reclamanti nell'impugnare il provvedimento del Tribunale anche su questo punto ha consentito al giudice di secondo grado di prendere atto della tardiva integrazione della domanda con riserva e della conseguente sanzione di inammissibilità.

Concordato preventivo con riserva e autoresponsabilità del debitore (insolvente)

La posizione assunta dal Tribunale fallimentare e, poi, avallata dalla Corte di appello in sede di reclamo

(8) Come ricordato dalla Cassazione nella sentenza in commento, il richiamo della Corte di appello alla data di "presentazione" della domanda di concordato costituisce *ratione temporis* un errore di diritto della motivazione in presenza di dispositivo conforme al diritto; un errore, pertanto, emendato dalla Suprema Corte ai sensi dell'art. 384, comma 4, c.p.c. mediante il richiamo alla data di pubblicazione della domanda nel registro delle imprese ex art. 161, comma 5, l.fall. Trova, infatti, pacifica applicazione alla vicenda oggetto della decisione in commento - introdotta addirittura nel 2014 - la versione dell'art. 161, comma 5, l.fall. che è stata modificata, con decorrenza dall'11 settembre 2012, dall'art. 33, comma 1, lett. b), n. 3, D.L. 22 giugno 2012, n. 83 conv., con modif., dalla L. 7 agosto 2012, n. 134. Analogamente, la riforma del 2012 ha innovato l'art. 168, comma 1, l.fall., su cui v. *infra* nel testo, ricollegando la produzione dell'effetto preclusivo delle azioni esecutive (e cautelari) individuali al momento (non più della presentazione, ma) della pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese (v. art. 33, comma 1, lett. c, n. 1, D.L. n. 83/2012 cit.).

(9) L'inciso non appartiene alla motivazione della Corte di appello, ma rappresenta soltanto una precisione doverosa (a giudizio dell'autore) per rammentare che la procedura di ammissione al concordato preventivo assume le caratteristiche di un procedimento a formazione progressiva quando la domanda di ammissione è formulata con la riserva di produrre la proposta e il piano concordatario nel termine assegnato dal giudice. L'ammissione della domanda di preconcordato assicura, infatti, soltanto la prenotazione di alcuni degli effetti che conseguiranno al giudizio di ammissibilità della domanda ex art. 163 l.fall. a seguito della tempestiva presentazione dei documenti integrativi. Cfr. M. Fabiani, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2013, 1052; G. Lo Cascio, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, *ivi*, 11; L. Salvato, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, *ivi*, 1210.

(10) A dire il vero, la Corte di appello si è soffermata anche sulla concessione del termine di 60 giorni per il completamento della domanda di concordato con riserva: tale concessione - sembra suggerire l'argomentazione del giudice del reclamo - ha sensibilmente agevolato la debitrice in un contesto di conclamata insolvenza. Questo argomento, tuttavia, suscita qualche perplessità nel lettore scrupoloso della sentenza in commento. Sorprende, infatti, che la Suprema Corte, nel richiamare la decisione del giudice del reclamo, faccia riferimento alla concessione del

"termine *massimo* di sessanta giorni dal deposito della domanda" (il corsivo è dell'autore). Non è dato sapere se le parole riportate tra virgolette siano state in qualche modo estrapolate dall'argomentazione della Corte di appello o siano, invece, una libera elaborazione del giudice di legittimità. Vero è, in ogni caso, che la scelta di qualificare come "massimo" il termine di 60 giorni concesso, ex art. 161, comma 10, l.fall., in pendenza di anteriori istanze di fallimento appare abbastanza inappropriato, poiché sembra alludere ai 60 giorni come ad una sorta di limite massimo entro cui può essere fissato dal giudice il termine di scioglimento della riserva, quando invece sembra chiaro dal tenore letterale della disposizione che il riferimento ai 60 giorni costituisce un "termine fisso", come si legge sorprendentemente nella stessa sentenza in commento laddove ripercorre, solo poche pagine prima, gli argomenti usati dal Tribunale fallimentare nel primo grado della vicenda processuale. La qualificazione del termine *de quo* come "massimo" potrebbe dunque essere semplicemente un refuso. Senonché, vale la pena di osservare che nell'argomento della Corte di appello - o, per lo meno, nella sua ricostruzione in sede di legittimità - quella qualificazione sembra assumere una certa importanza nella giustificazione della mancata concessione della proroga. L'assegnazione del termine "massimo" di 60 giorni è stata infatti utilizzata dal giudice del reclamo come un argomento a sostegno della tesi secondo cui il *dies a quo* della sua decorrenza va identificato nel momento del deposito della domanda (un momento, cioè, anteriore rispetto a quello propugnato dai ricorrenti, che optavano invece per la data di comunicazione del provvedimento di concessione del termine). L'idea che sembra trasparire dall'argomento della Corte è quella per cui l'individuazione del *dies a quo* nel momento del deposito della domanda si giustificerebbe anche con la concessione di un termine, per l'appunto, "massimo" di deposito della proposta e del piano, che consentirebbe al debitore di recuperare un po' del tempo che gli è stato sottratto dall'essere venuto a conoscenza della concessione del termine soltanto al momento della comunicazione del provvedimento del giudice. Qualificare come "massimo" il predetto termine finisce, dunque, per suggerire l'argomento per cui l'insolvenza conclamata del debitore avrebbe potuto giustificare anche la concessione di un termine più breve rispetto a quello "massimo", posto che il protrarsi di una situazione debitoria complessa rischia di aggravare il danno subito dal ceto creditorio. Ma, come detto, una tale conclusione appare del tutto incoerente con il carattere fisso del termine ex art. 161, comma 10, l.fall. e va, pertanto, rigettata.

ha trovato la sua definitiva conferma nella pronuncia della Suprema Corte, la quale, malgrado le argomentazioni svolte dai ricorrenti, ha concluso per l'inammissibilità della domanda concordataria e per la dichiarazione di fallimento della s.a.s. e del suo socio accomandatario.

Due sono le principali questioni che la Corte di cassazione è stata chiamata ad esaminare e che riassumono, per così dire, l'intera vicenda processuale che ha condotto alla sentenza in commento. Da un lato, la Corte è stata investita della questione della *decorrenza del termine per l'integrazione della domanda di concordato con riserva*. Su tale questione la lettura offerta dalla Corte di appello, secondo cui il *dies a quo* di tale termine decorre dalla data di presentazione (*rectius* pubblicazione) della domanda concordataria nel registro delle imprese, si è contrapposta a quella dei ricorrenti in Cassazione, secondo cui invece il termine dovrebbe decorrere dalla data di comunicazione del provvedimento di ammissione. Dall'altro lato, la Corte è stata chiamata a valutare se il rigetto dell'istanza di proroga del termine che sia intervenuto (e comunicato) successivamente alla sua decorrenza provochi *una violazione del diritto di difesa e del diritto di accesso alla procedura concordataria* della parte debitrice. È interessante osservare come la questione abbia imposto alla Corte di considerare, al di là delle possibili ricadute processuali, se la complessità della situazione di insolvenza del debitore - conclamata ormai da tempo al momento della proposizione della domanda concordataria - debba valere come ragione giustificatrice o, per contro, come fatto impeditivo della proroga del termine. Si può anticipare che è in relazione a questi argomenti che il principio dell'autoresponsabilità del debitore insolvente si rivelerà utile per inquadrare le conclusioni raggiunte dalla Suprema Corte all'interno del contesto più generale del rapporto intercorrente tra il potere-dovere del debitore di porre rimedio adeguatamente alla propria situazione finanziaria e patrimoniale e il diritto

del ceto creditorio di veder soddisfatte le proprie pretese in misura più vantaggiosa della liquidazione fallimentare.

Ma procediamo con ordine ed esaminiamo separatamente le due questioni sopra menzionate, soffermandoci in particolare sul ruolo svolto dal principio dell'autoresponsabilità nella soluzione di ciascuna di esse. Nell'ultimo paragrafo, ci soffermeremo invece sul tema - sottratto alla cognizione della Suprema Corte nella presente vicenda - concernente la riqualficazione dell'attività di completamento (tardivo) della domanda di concordato con riserva alla stregua della proposizione di una nuova domanda di concordato pieno.

(segue): La decorrenza del termine ex art. 161, comma 6, l.fall.

Con il rigetto del primo motivo di ricorso la Cassazione risolve la questione concernente la decorrenza del termine per il deposito della documentazione integrativa. Il problema è quello di stabilire se tale termine debba decorrere dal momento della pubblicazione della domanda di concordato con riserva (come sancito dal giudice del reclamo) o da quello della comunicazione del provvedimento di ammissione (come sostenuto dai ricorrenti). Queste due opzioni, se sono rese entrambe astrattamente plausibili da un dato legislativo sostanzialmente silente sul punto, riflettono nondimeno un contrasto interpretativo insorto soprattutto in ambito dottrinale (11), anche se non mancano pronunce di merito che affrontano specificamente la questione concludendo generalmente nel senso che è stato qui disatteso dalla Suprema Corte (12).

Come detto, il tenore letterale dell'art. 161, comma 6, l.fall. è insufficiente ad assicurare la prevalenza di una tesi sull'altra. Se è certamente possibile porre l'accento - come è stato fatto dai ricorrenti - sulla dipendenza del provvedimento concessivo del termine da una valutazione giudiziale di ammissibilità

(11) Cfr., in particolare, G.B. Nardecchia, *L'inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in questa *Rivista*, 2013, 960-961; P. Vella, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato "con riserva"*, *ivi*, 88, secondo cui il *dies a quo* del termine di presentazione della proposta e del piano decorre dal momento della iscrizione della domanda di preconcordato nel registro delle imprese in coerenza con la previsione riformata dell'art. 168 l.fall.; *contra* F. Dimundo, Sub art. 161, in *Codice commentato del fallimento*³, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2015, 1873, secondo cui, alla stregua della lettera della legge, il termine deve decorrere dal giorno in cui è stato assegnato; A. Penta, *Il nuovo concordato in bianco: istigazioni ad usi strumentali e dilatori*, *ivi*, 2014, 105, che

invece ricollega il decorso del termine per completare la domanda di preconcordato alla conclusione della fase cognitoria della domanda da parte del Tribunale fallimentare e, in particolare, alla comunicazione del provvedimento di ammissione dell'istanza e di concessione del termine per la sua integrazione.

(12) Così, in particolare, si sono pronunciate Trib. Milano 15 febbraio 2013, in questa *Rivista*, 2013, 498; Trib. Bergamo 15 febbraio 2013, *ivi*, 959; Trib. Bolzano 25 settembre 2012, *ivi*, 102. *Contra*, invece, nel senso che il termine decorre dalla data di pubblicazione della domanda nel registro delle imprese Trib. Perugia 4 ottobre 2012 e Trib. Palermo 2 ottobre 2012, *ivi*, 80.

della domanda con riserva (13), è altrettanto possibile enfatizzare come la riserva di deposito, entro il termine fissato dal giudice, dei documenti integrativi sia una prerogativa dell'imprenditore che sceglie di "depositare il ricorso contenente la domanda di concordato" (art. 161, comma 6, l.fall.). Nel primo caso, l'accento posto sulla natura giudiziale della concessione del termine sembrerebbe suggerire che la sua decorrenza sia da ancorare all'esito (evidentemente positivo) della cognizione della domanda di concordato (a cui si accompagna la fissazione in concreto del termine). Nel secondo caso, invece, l'accento posto sulla riserva come prerogativa del debitore istante finirebbe per valorizzare maggiormente l'idea che il debitore è consapevole dell'onere di integrazione della domanda fin dal momento della sua proposizione, costituendo il provvedimento di ammissione della domanda e di contestuale concessione del termine un semplice vaglio preliminare che certifica l'assenza di eventuali fatti impeditivi della prenotazione del concordato e stabilisce il momento entro cui la documentazione integrativa dev'essere depositata.

Tuttavia, entrambi questi argomenti, quand'anche si ammetta che possano fornire un qualche contributo interpretativo, non sono certo decisivi per risolvere la questione della decorrenza del termine. Essi costituiscono semmai un indice - forse più suggestivo che propriamente ermeneutico - del collegamento posto dalla legge tra (i) la *proposizione* (14) o l'*ammissione* della domanda di concordato con riserva e (ii) la decorrenza del termine per la sua integrazione. La soluzione della questione va allora ricercata sul piano sistematico o, per meglio dire, teleologico. Il *dies a quo*

per il decorso del termine entro cui la riserva dev'essere sciolta (ben inteso: in modo da consentire la prosecuzione della procedura) (15) va individuato alla stregua della finalità che il legislatore ha perseguito consentendo la proposizione della domanda di concordato.

Ma individuare una tale finalità è un'operazione ermeneutica tutt'altro che scontata. Ad esempio, la lettura prospettata dai ricorrenti sembra ispirata ad una visione alquanto riduttiva della funzione del concordato con riserva. Secondo questa impostazione, infatti, la finalità del concordato sarebbe sostanzialmente quella di accelerare o, comunque, agevolare l'accesso del debitore alla procedura concordataria. Orbene, da un certo punto di vista, è innegabile che l'istituto del concordato con riserva abbia risposto alla moderna esigenza di ampliamento delle possibilità di accesso alle soluzioni negoziate della crisi d'impresa e, soprattutto, dell'insolvenza (16). Va ricordato, infatti, che questa forma di concordato è stata aggiunta soltanto nel 2012 (17) allo scopo di arricchire ulteriormente il complesso quadro normativo che, nel 2005-2006, la legge fallimentare riformata aveva dedicato con rinnovato interesse al concordato preventivo come strumento alternativo al fallimento (18). Pertanto, è indubbio, come detto, che una delle ragioni di questa novità legislativa, plasmata frettolosamente sull'esperienza nordamericana del *reorganization plan* di cui al *chapter 11* (19) (al punto che, poco dopo la sua introduzione, è stata rafforzata in chiave preventiva dei possibili abusi del debitore) (20), sia legata ad un'esigenza di rafforzamento degli strumenti per l'emersione tempestiva della crisi d'impresa o dell'insolvenza e,

(13) Nel senso che l'ammissibilità della domanda di concordato dipenda dall'accertamento preliminare dei presupposti soggettivi ed oggetti per l'apertura della procedura concordataria v., *ex multis*, Trib. Velletri 18 settembre 2012, in questa *Rivista*, 2013, 104; Trib. Perugia 4 ottobre 2012, *ivi*, 80; Trib. Siena 23 ottobre 2012, *ivi*, 78; in dottrina v. M. Ferro, *Sub art. 161*, cit., 2141. Nel senso, invece, che la concessione del termine per integrare la domanda in bianco non esiga una specifica istanza al giudice sembra schierarsi l'orientamento prevalente della giurisprudenza di merito e della dottrina: v., sul punto, M. Ferro, *op. cit.*, 2140, ove ampi riferimenti.

(14) Con questa espressione si vuole alludere ad un concetto ampio che racchiuda in sé sia il momento della presentazione sia quello della pubblicazione della domanda di concordato, così da sintetizzare entrambe le impostazioni sancite dalle modifiche apportate agli artt. 161 e 168 l.fall. dalla ricordata riforma del 2012 (v. *supra* la nota 8).

(15) Anche la decorrenza del termine assegnato dal giudice senza che sia svolta alcuna attività integrativa o quando questa sia svolta tardivamente contribuisce, infatti, allo scioglimento della riserva, sebbene un tale scioglimento comporti non solo la sopravvenuta inammissibilità della domanda di concordato, ma anche la caducazione retroattiva degli effetti prodotti dalla sua precedente ammissione: così, G.B. Nardecchia, *L'inammissibilità del*

concordato preventivo con riserva, cit., 964; M. Ferro, *Sub art. 161*, 2160 che fa salvi gli atti legalmente compiuti dal debitore.

(16) Cfr. G. Lo Cascio, *Crisi delle imprese*, cit., 8, secondo cui la domanda di concordato con riserva soddisfa "l'esigenza di anticipare tutti gli effetti del concordato preventivo in modo tale che, ancor prima del decreto di ammissione al procedimento, il debitore possa avvantaggiarsene, quando abbia chiesto di potere definire successivamente la proposta, il piano e la documentazione entro un termine rimesso alla decisione del giudice". V. anche brevemente L.A. Bottai, *Misure per facilitare la gestione delle crisi aziendali*, in questa *Rivista*, 2012, 921, secondo cui l'introduzione dell'art. 161, comma 6, l.fall. è dettata dall'"esigenza di una più celere emersione della crisi".

(17) Cfr. art. 33, comma 1, lett. b), n. 4, D.L. n. 83/2012, cit.

(18) Cfr., per tutti, G. Lo Cascio, *Concordato preventivo*, cit., 27 ss.

(19) Cfr., per tutti, E. Marinucci, *La domanda di concordato preventivo dopo il "decreto sviluppo": legge fallimentare e bankruptcy code a confronto*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 426 ss.

(20) Le modifiche alla disciplina della domanda di concordato con riserva sono state introdotte, come noto, dall'art. 82, comma 1, D.L. 21 giugno 2013, n. 69 conv., con modif., dalla L. 9 agosto 2013, n. 98. La finalità preventiva dei possibili abusi dell'istituto è stata enfatizzata, in sede di analisi delle novità legislative,

quindi, per la prevenzione della liquidazione fallimentare.

Ma se è certamente innegabile che la previsione della domanda di concordato con riserva abbia inteso favorire il ricorso alla procedura concordataria, è altrettanto innegabile che l'intenzione del legislatore non può essere correttamente individuata senza tenere conto dell'interesse dei creditori nel contesto della procedura di concordato (21). Infatti, l'intenzione del legislatore del 2012 può essere così ricostruita: la possibilità che il momento della proposizione della domanda di concordato sia tenuto distinto da quello della presentazione della proposta e del piano non deve esporre il *patrimonio debitorio* e, dunque, le *aspettative dei creditori*, anche solo per il tempo necessario alla formazione di tali atti (22), a quei pregiudizi che conseguono alla mancata apertura di una procedura concorsuale nei confronti del debitore in crisi o insolvente: si pensi, per esempio, ai pregiudizi derivanti dalla mancata protezione del divieto di azioni esecutive e cautelari individuali o a quelli conseguenti al mancato riconoscimento della natura prededucibile dei crediti sorti in occasione o in funzione del concordato con riserva.

Lo svolgimento della fase successiva all'ammissione della domanda con riserva deve svolgersi, dunque, in coerenza con le esigenze di tutela del ceto creditorio, di talché la formale apertura della procedura concordataria sulla scorta di una domanda in bianco, se consente al debitore di denunciare tempestivamente la crisi o l'insolvenza, accedendo così a taluni dei benefici che conseguono ordinariamente all'ammissione della domanda senza riserva, deve comunque assicurare ai creditori le garanzie insite nella regola

della *par condicio*. E tali garanzie dipendono *ex lege* dalla proposizione della domanda di concordato; con riguardo, in particolare, alla preclusione delle iniziative esecutive e cautelari individuali, a far data dal 2012, esse dipendono, più esattamente, dalla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, a cui la cancelleria del tribunale fallimentare deve provvedere "entro il giorno successivo al deposito in cancelleria" (art. 161, comma 5, l.fall.). Questa argomentazione, che è certamente degna di condivisione, viene formulata dalla Suprema Corte sulla scorta del "necessario bilanciamento degli interessi coinvolti (del debitore ad accedere alla procedura minore e dei creditori a vedere soddisfatti i propri diritti di credito)" (23). Per un verso, infatti, la scelta di identificare il *dies a quo* per il decorso del termine *ex* art. 161, commi 6 o 10, l.fall. - a seconda che siano o meno pendenti istanze di fallimento - con il momento in cui la domanda con riserva è pubblicata nel registro delle imprese assicura al ceto creditorio che il patrimonio del debitore non venga disperso per soddisfare azioni esecutive (o cautelari) individuali nel momento stesso in cui viene ammessa dal debitore la propria condizione di crisi o d'insolvenza.

Per altro verso, la scelta, suggerita dai ricorrenti e, come detto, da una parte della giurisprudenza di merito, di posticipare il decorso del predetto termine al momento della comunicazione del provvedimento di ammissione della domanda con riserva finirebbe per ritardare la tutela del ceto creditorio ad un momento successivo a quello dell'apertura della procedura - un momento, quest'ultimo, che sarebbe condizionato inevitabilmente, come ricorda anche la Corte nella sentenza in commento, dalla solerzia o

soprattutto da L. Salvato, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, cit., 1214.

(21) Va osservato che all'interesse dei creditori nel corso del procedimento concordatario si riferisce ovviamente anche la sentenza in commento, la quale tuttavia fa derivare l'esigenza di tutelare l'interesse dei creditori dalla loro sostanziale impossibilità di interloquire col debitore e gli organi della procedura sulla formazione dell'accordo concordatario fino alle dichiarazioni di voto. Questo "rilievo di fondo" - come lo definisce la Corte - è senza dubbio coerente ma, a mio parere, non risolutivo in quanto, se l'avvio della procedura concordataria può arrecare un pregiudizio agli interessi dei creditori, esso non deriva tanto dall'assenza di qualsiasi potere interlocutorio fino alla votazione sulla proposta posto che, ad esempio, la denuncia al commissario giudiziale di eventuali irregolarità consente comunque ai creditori di provocare la revoca del concordato *ex* art. 173 l.fall., quanto piuttosto dal fatto che, se non ci fosse una preclusione delle iniziative esecutive (e cautelari) individuali fin dalle battute iniziali della procedura concordataria, l'eguale diritto di ciascun creditore a concorrere sul patrimonio debitorio verrebbe irrimediabilmente compromesso.

(22) Il tempo necessario per il deposito della proposta e del piano è stato giustamente fissato dal legislatore in pochi mesi anche in relazione a situazioni finanziarie e patrimoniali che

possono risultare molto complesse, dal momento che la disposizione dell'art. 161, comma 6, l.fall. non si preoccupa di distinguere, in punto di concessione del termine, a seconda delle condizioni patrimoniali del debitore. D'altra parte, la possibilità di stabilire il termine tra un minimo ed un massimo editale (rispettivamente 60 e 120 giorni) consente al giudice, in caso di assenza di domande di fallimento, di adeguare la concessione del termine alle peculiarità del caso concreto. L'esigenza di completare la domanda di concordato in tempi celeri è perseguita *a fortiori* in occasione dell'eventuale proroga del termine originario, che è resa ammissibile soltanto in presenza di giustificati motivi e per un massimo di ulteriori 60 giorni (art. 161, comma 6, l.fall.). La pendenza di istanze di fallimento impone, invece, una significativa riduzione del termine entro cui assolvere all'onere di deposito della proposta e del piano, atteso che l'ormai conclamata (o, per lo meno, l'assai probabile) condizione di insolvenza - emergente, come tale, proprio dalla pendenza di istanze di fallimento - rende necessario restringere i margini temporali di attesa per i creditori, di talché l'art. 161, comma 10, l.fall. riduce coerentemente il termine *de quo* alla misura fissa di 60 giorni prorogabili, anche in questo caso, soltanto in presenza di giustificati motivi e per un massimo di ulteriori 60 giorni.

(23) Così, in motivazione, la sentenza in commento.

meno del giudicante nel depositare il provvedimento (e della cancellaria nel comunicarlo al debitore).

Il ragionamento che sta alla base di questa interpretazione è dunque il seguente: il termine per integrare la domanda di concordato deve decorrere dallo stesso giorno da cui il legislatore ha scelto di far decorrere l'effetto protettivo della *par condicio creditorum* nei confronti delle iniziative creditorie individuali ex art. 168 l.fall. in quanto la previsione legislativa di questo effetto è giustificata dall'esigenza di favorire la formazione dell'accordo concordatario fino al momento della sua omologazione. Solo se si precludono le azioni esecutive e cautelari individuali per tutta la durata del procedimento di formazione dell'accordo concordatario il patrimonio debitorio può svolgere, seppure nei limiti dello spossamento attenuato, la sua funzione di garanzia patrimoniale, venendo a costituire la base certa per la formazione della proposta e del piano concordatario e per la sua accettazione da parte del ceto creditorio (24).

Da questo momento deve dunque decorrere anche il termine per integrare la domanda di concordato. E ciò per due ragioni che, pur andando al di là delle motivazioni della Corte, assumono, a mio parere, una significativa importanza. Da un lato, si rende necessaria una *lettura analogica* degli effetti della domanda di concordato pieno e di quelli della domanda di concordato in bianco, di talché sarebbe contraddittorio consentire che, nel momento in cui il legislatore ammette la possibilità che il debitore proponga la domanda concordataria anche nella forma dell'art. 161, comma 6, l.fall., il regime preclusivo delle azioni esecutive e cautelari individuali - e, dunque, la protezione dei creditori - possa essere differente per il solo fatto che il debitore abbia scelto o meno di riservare la presentazione della proposta e del piano ad un momento successivo. Dall'altro lato, poi, va osservato che l'art. 168, comma 1, l.fall., modificato *in parte qua* dallo stesso provvedimento legislativo che ha introdotto la figura del concordato con riserva (25), ha inteso riferirsi alla "pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese" - a cui si riferisce anche l'art. 161, comma 5, l.fall. con riferimento, in generale, alla "domanda di concordato" - *senza distinguere* a seconda che il ricorso contenga una domanda concordataria completa oppure una domanda con riserva.

La scelta del legislatore è stata dunque quella di tutelare i creditori in sede concordataria assicurando un trattamento rispettoso della *par condicio* mediante l'imposizione al debitore dell'onere di completare la domanda di concordato in bianco entro un termine decorrente dal momento in cui il patrimonio debitorio è sottratto alle iniziative individuali dei creditori.

A ben vedere, però, se si inquadra la questione nell'ambito del principio dell'autoresponsabilità a cui si è sopra accennato, può conseguirsi un ulteriore importante risultato. È chiaro che, se il concordato è una soluzione della crisi o dell'insolvenza che deve assicurare condizioni migliori al ceto creditorio rispetto alla liquidazione fallimentare, essa deve intervenire con tempestività rispetto alla dinamica del patrimonio del debitore. In rapporto alla domanda di concordato questa tempestività significa non solo che la domanda dev'essere presentata quando sia ancora possibile garantire ai creditori una soluzione migliore di quella fallimentare, ma anche che il tempo intercorrente tra l'iniziativa del debitore e l'integrazione della domanda non pregiudichi le ragioni dei creditori ad un trattamento paritario.

La proposizione della domanda di concordato genera, infatti, un legittimo affidamento dei creditori nel fatto che la situazione patrimoniale del debitore possa ancora essere risolta per il tramite di una soluzione che, rispettando la *par condicio creditorum*, assicuri un risultato economicamente migliore della liquidazione fallimentare. L'idoneità della domanda concordataria a generare questo affidamento si traduce nell'onere del debitore di proporre *tempestivamente* la sua domanda. La tempestività della domanda va valutata naturalmente rispetto alla dinamica concreta della situazione patrimoniale del debitore: una dinamica, quest'ultima, che tende normalmente all'aggravamento delle sofferenze patrimoniali e finanziarie col passare del tempo. Un'attivazione tardiva del debitore impedirebbe, quindi, alla domanda concordataria di assicurare un risultato economicamente migliore di quello offerto dal fallimento, ledendo così le legittime aspettative dei creditori. Quando però la domanda di concordato è proposta con riserva, grava sul debitore anche l'ulteriore onere di assicurare che la scelta di posticipare la presentazione della proposta e del piano non leda l'aspettativa dei creditori a conoscere *tempestivamente* il contenuto della domanda concordataria, oververosia

(24) Sull'art. 168 l.fall. e sulla funzione di tutela della *par condicio creditorum* v., in particolare, G.B. Nardecchia, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, 2011, 118 ss.; P.F. Censoni, *Il concordato preventivo: organi, effetti, procedimento*, in *Il*

nuovo diritto fallimentare, diretto da A. Jorio - M. Fabiani, Bologna, 2010, 999 ss.

(25) V. *supra* la nota 8.

in un momento non successivo a quello in cui viene loro precluso il potere di agire individualmente sul patrimonio debitorio. Diversamente, infatti, il debitore non sarebbe tenuto ad attivarsi per la (formazione e la) presentazione della proposta e del piano quando sui creditori graverebbe già il divieto di agire esecutivamente sul suo patrimonio *ex art. 168 l.fall.*

(segue): Il diniego dell'istanza proroga e la salvaguardia del diritto di difesa

Col rigetto del secondo motivo di ricorso la Corte risolve poi la questione della violazione del diritto di difesa del debitore concordatario nel caso in cui l'istanza di proroga del termine per l'integrazione della domanda con riserva sia rigettata (e comunicata al debitore istante) successivamente al decorso del termine.

La questione ha assunto una certa importanza nella vicenda oggetto della sentenza in commento poiché l'eventuale nullità del provvedimento di diniego della proroga, con conseguente successiva concessione della stessa, avrebbe consentito ai ricorrenti di superare la decisione di inammissibilità della domanda di concordato per la tardiva presentazione della proposta e del piano. Ma la questione è indubbiamente interessante anche sul piano dell'analisi processuale. Da questo punto di vista è significativo anzitutto osservare che la conclusione della Suprema Corte - vale a dire: la legittimità di un rigetto dell'istanza di proroga successivamente allo spirare del termine originariamente concesso - non è ostacolata dall'esigenza di salvaguardare il diritto di difesa del debitore e, più in generale, il suo diritto di accedere alla procedura concordataria. Anche su questo punto può richiamarsi il principio di autoresponsabilità del debitore concordatario, dal momento che la concessione - su richiesta del debitore - del termine *ex art. 161, commi 6 o 10, l.fall.* onera il debitore di agire diligentemente in modo da rendere possibile l'integrazione della domanda di preconcordato entro il termine assegnato. Agire diligentemente significa però anche evitare la proposizione di un'istanza di proroga a ridosso della scadenza del termine concesso. Chiedere la proroga prima della scadenza del termine significa infatti far ricadere impropriamente sull'organo giudiziario le conseguenze di una tardiva

attivazione del debitore. Quest'ultimo può invece fare affidamento su una tempestiva decisione dell'istanza di proroga solo se - come osserva la Suprema Corte - ha fatto "un uso ... prudentemente calibrato" delle scadenze processuali di cui intende avvalersi.

Ancora una volta, quindi, è la tutela dell'affidamento nell'attivazione tempestiva del debitore a segnare il criterio risolvente della questione. Ad esso si aggiunge poi la constatazione dell'assenza - nel caso concreto deciso dalla Corte - di ragioni giustificatrici del ritardo. In particolare, la Corte ha rilevato l'assenza: (i) sia di "impedimenti di mero fatto" (26) idonei a giustificare un'istanza di proroga a ridosso della scadenza del primo termine e, pertanto, a porre il giudice nella condizione di pronunciarsi sull'istanza entro lo spirare del termine originario,

(ii) sia di "giustificati motivi" legittimanti *ex art. 153 c.p.c.* l'istanza di proroga di un termine perentorio come quello per la presentazione della proposta e del piano di concordato.

Quest'ultimo profilo, in particolare, merita una più attenta considerazione per il richiamo operato dalla Corte alla propria precedente pronuncia secondo cui la disciplina del termine per la presentazione della proposta e del piano *ex art. 161, comma 6 (o 10), l.fall.* va interpretata alla stregua dell'*art. 153 c.p.c.* (27). Di talché, il giudizio sulla prorogabilità del termine scaduto, non deve limitarsi alla constatazione della "assenza di condotte abusive o di eventuali violazioni dell'obbligo di corretta gestione da parte del debitore" concordatario, ma deve necessariamente estendersi - sulla scorta appunto del principio della rimessione in termini di cui all'*art. 153 c.p.c.* - all'accertamento di "validi motivi ... indipendenti dalla volontà del debitore, che siano idonei a giustificare il mancato deposito" (28). E l'onere del debitore di allegare e provare tali validi motivi non può dirsi assolto - come preteso dai ricorrenti nella vicenda oggetto della sentenza in commento - con l'affermazione di un perdurante stato di insolvenza del debitore al momento della presentazione della domanda di preconcordato. Il protrarsi nel tempo dell'insolvenza non può valere, infatti, come motivo di proroga del termine di presentazione della proposta e del piano, in quanto esso rivela semmai l'intempestività e, quindi, l'inammissibilità della domanda di concordato e, a maggior ragione, dell'istanza di proroga del

(26) Le parole tra virgolette sono tratte dalla sentenza in commento.

(27) Sull'*art. 153 c.p.c.* e sulla rilevanza generale del principio di prorogabilità del termine perentorio, non ancora scaduto, in presenza di giustificati motivi insindacabili in sede di legittimità se accertati con sentenza di merito congruamente motivata, v.

recentemente Cass. 13 giugno 2018, n. 15435, in *Mass. Giust. civ.*, 2018; Cass. 31 marzo 2016, n. 6277, *ivi*, 2016. In dottrina, cfr. R. Caponi, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, 134 ss.

(28) Cfr. Cass. 31 maggio 2018, n. 13999, citata nella sentenza in commento.

termine di completamento della domanda stessa. La risalente condizione di insolvenza finisce senza dubbio per rendere estremamente complicata una soluzione negoziale della situazione patrimoniale del debitore, ma essa non è, per così dire, incolpevole, bensì riconducibile alla (auto)responsabilità del debitore che, nonostante le evidenti difficoltà patrimoniali, ha ommesso di presentare l'ineludibile istanza di fallimento in proprio, limitandosi colpevolmente ad una inadeguata richiesta di concordato preventivo con riserva. Una inadeguatezza, quest'ultima, che può desumersi non solo dal fatto che, in presenza di un'insolvenza conclamata e protratta da anni, la domanda di concordato è inadatta ad offrire una soluzione economicamente migliore della liquidazione fallimentare, ma anche dal fatto che, in presenza di un'insolvenza conclamata e protratta da anni, si rivela ancor più inadatta a conseguire un tale risultato la domanda di preconcordato, che presuppone invece una conoscenza (o una ricostruzione) ancora parziale della mutevole situazione patrimoniale e finanziaria del debitore.

Integrazione e riqualificazione della domanda di preconcordato

Infine, è opportuno soffermarsi sulla questione concernente la possibilità di qualificare la tardiva integrazione della domanda di preconcordato come la proposizione di una nuova domanda di concordato pieno.

Si è detto che la questione non è stata affrontata dalla Suprema Corte a causa della sua mancata riproposizione in sede di reclamo (e, comunque, della mancata allegazione nel ricorso per cassazione della sua deduzione innanzi al giudice del reclamo) da parte dei ricorrenti, con la conseguenza che la censura relativa ad una presunta omissione di pronuncia è apparsa inammissibile per novità della censura e, comunque, per violazione del principio di autosufficienza del ricorso per cassazione.

Nondimeno, la questione ha uno spiccato interesse per lo studioso del processo civile poiché spinge ad interrogarsi su problemi quali l'oggetto del giudizio di ammissione alla procedura concordataria, il ruolo

della rinuncia alla domanda di preconcordato ed, infine, la riqualificabilità della domanda di preconcordato in domanda di concordato pieno a seguito della presentazione della proposta e del piano. L'analisi di questi problemi è senza dubbio inconciliabile con l'economia del presente commento. Tuttavia, è interessante notare che la previsione dell'art. 161, comma 6, l.fall. consente di pensare alla domanda di preconcordato come ad una vera e propria domanda giudiziale, idonea a prenotare taluni degli effetti che sono destinati a consolidarsi pienamente soltanto con la presentazione della proposta e del piano concordatario. L'idoneità della domanda a prenotare tali effetti dipende, anzitutto, dalla sua ammissibilità alla stregua dei requisiti di legittimazione del ricorrente, di competenza del giudice adito e di sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi ex artt. 1, 5 e 160 l.fall. (29). Ma è indubbio che la domanda di preconcordato può dirsi ammissibile e consentire la prenotazione degli effetti se è anche in grado di delineare, sia pure sommariamente, la cosa oggetto della domanda e gli elementi in fatto e in diritto che ne costituiscono le ragioni, ai sensi dell'art. 163, nn. 3-4, c.p.c. (30). *Petitum e causa petendi*, nondimeno, potranno essere solo superficialmente delineati al momento della proposizione della domanda di preconcordato, dipendendo la loro compiuta formulazione dal completamento della domanda mediante la presentazione della proposta e del piano concordatario (o, in alternativa, la proposizione di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.fall.) (31).

In questa prospettiva, la possibilità che la presentazione della proposta e del piano possa valere senz'altro come proposizione di una nuova domanda di concordato pieno sembra ostacolata dalla natura di vera e propria domanda giudiziale - ancorché, per così dire, in uno stato ancora embrionale - della istanza di preconcordato. Se la domanda di concordato con riserva è una domanda di concordato destinata a perfezionarsi nei suoi effetti con la presentazione della proposta e del piano, non può ammettersi che il debitore proponga una successiva domanda di concordato pieno in relazione alla medesima situazione patrimoniale e finanziaria

(29) V. i riferimenti contenuti nella precedente nota 13.

(30) Nel senso che la domanda di preconcordato sia una vera e propria domanda giudiziale rivolta al giudice competente, idonea a produrre gli effetti propri della domanda alla stregua delle peculiarità della procedura concordataria e, specialmente, del meccanismo della riserva, v., in particolare, M. Ferro, *Sub art. 161, cit.*, 2139; Trib. Napoli 31 ottobre 2012, in questa *Rivista*, 2013, 73; Trib. Tortona 8 ottobre 2012, *ivi*, 80.

(31) L'art. 161, comma 6, l.fall. ammette, infatti, che nel termine per il completamento della domanda di preconcordato, il debitore possa, alternativamente alla presentazione della proposta e del piano concordatario, depositare una domanda ai sensi dell'art. 182-bis l.fall. per ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti. Nel senso di una concorsualità modulare della domanda di concordato preventivo con riserva v., in particolare, M. Ferro, *Sub art. 161, cit.*, 2138.

oggetto della domanda preconcordataria. A ciò osterebbe, se non m'inganno, una sorta di litispendenza parziale che verrebbe ad essere addirittura consentita dall'ordinamento. Solo la preventiva rinuncia alla domanda originaria (32) eviterebbe, dunque, una inammissibile duplicazione delle istanze di tutela giurisdizionale (33), consentendo peraltro di tutelare l'affidamento del ceto creditorio

nel completamento della domanda originaria - un affidamento, questo, che ben potrebbe essere disatteso dalla proposizione di una nuova domanda di concordato pieno (la quale potrebbe, infatti, eludere le aspettative dei creditori generate dalla domanda originaria) o dalla presentazione di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

(32) Secondo l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità, l'esercizio del potere di rinuncia non dev'essere effettuato evidentemente "con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti" (così Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giust. civ.*, 2009, I, 2671 ss.). Nel caso oggetto della sentenza in commento, il comportamento della debitrice che, a fronte della scadenza del termine per la presentazione della proposta e del piano e del diniego di proroga del termine da parte

del Tribunale, ha presentato, nel corso dell'udienza in camera di consiglio, la proposta e il piano qualificandoli come nuova domanda di concordato pieno, sembra configurare in effetti una possibile condotta abusiva. Per una fattispecie analoga v. anche Trib. Napoli 25 febbraio 2015, in www.ilcaso.it.

(33) Come ricordato nella sentenza in commento, la preventiva rinuncia alla domanda di preconcordato è stata richiesta anche dal Tribunale fallimentare di Brescia allorché ha rigettato l'istanza di proroga del termine ex art. 161, comma 10, l.fall. presentata dalla s.a.s. e dal suo socio accomandatario.