

Concordato con riserva

Cassazione Civile, Sez. I, 20 febbraio 2020, n. 4342 - Pres. G. Federico - Rel. E. Campese - P.M. A.M. Soldi (conf.) - Fallimento S. C. Editore S.r.l. c. S. C. Editore S.r.l.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda "con riserva" - Decorrenza del termine ex art. 161, comma 6, l. fall. - Rigetto dell'istanza di proroga del termine - Conseguenze - Inammissibilità della domanda concordataria - Fallimento - Pendenza della procedura di concordato preventivo - Deposito di nuovo ricorso - Ammissibilità - Condizioni

(Legge fallimentare artt. 161 e 162)

Respinta l'istanza di proroga e scaduto il termine di cui all'art. 161, comma 6, l.fall., la domanda di concordato c.d. "con riserva" va dichiarata inammissibile, ex art. 162, comma 2, l.fall., salva la facoltà per il proponente, in pendenza dell'udienza fissata per tale declaratoria o per l'esame di eventuali istanze di fallimento, di depositare un nuovo ricorso ex art. 161, comma 1, l.fall. (corredato, dunque, "ab initio" dalla proposta, dal piano e dai documenti), dal quale si desuma la rinuncia alla pregressa domanda "con riserva", e sempre che la nuova domanda non si traduca in un abuso dello strumento concordatario (massima non ufficiale).

La Corte (omissis).

1. I formulati motivi denunciano, rispettivamente:

I) "Violazione dell'art. 1362 c.c. (art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.) con riferimento alla interpretazione della domanda di concordato preventivo del 15 novembre 2016". Si ascrive alla corte fiorentina di essersi esclusivamente affidata, nell'interpretare la domanda di concordato del 15 novembre 2016, ad un elemento extratestuale ("...per la Corte d'appello sarebbe stata errata l'iniziativa della Società di depositare una nuova domanda di concordato nell'alveo della precedente domanda ex art. 161, comma 6, l.fall. anziché rinunciare a questa domanda e presentarne una *ex novo*, e la Società non poteva che essere a conoscenza di tale stato di cose e non poteva che volere una cosa diversa da quella che risulterebbe attenendosi alle carte come fatto dal Tribunale tramite una 'interpretazione meramente formalistica'". Cfr. pag. 6 del ricorso), di avere completamente pretermesso il tenore letterale di detta domanda e di aver ritenuto irrilevante il fatto eccepito dal fallimento nella propria memoria di costituzione - che quest'ultima fosse stata depositata nel medesimo procedimento di concordato già pendente, con lo stesso numero di ruolo;

II) "Omissione di pronuncia (art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c.) sulle (ulteriori) eccezioni di inammissibilità della domanda". Si critica la decisione impugnata per non essersi pronunciata in ordine ad una serie di censure relative all'ammissibilità del (la nuova domanda di) concordato, mosse dalla curatela in sede di costituzione nel giudizio di reclamo.

2. Il primo motivo è inammissibile.

2.1. Invero, giova premettere che questa Suprema Corte ha chiarito che, allorché già penda una procedura di concordato preventivo, non è configurabile una ulteriore domanda di concordato con carattere di autonomia rispetto a quella originaria - che dia, cioè, luogo ad una nuova e separata procedura, che ricominci dal suo inizio con l'audizione del debitore - perché, con riguardo allo stesso imprenditore ed alla medesima insolvenza, il concordato non può che essere unico, e, dunque, unica la relativa procedura ed il suo esito (cfr. Cass. n. 495 del 2015).

2.1.1. Tale pronuncia, che richiama espressamente Cass. n. 2594 del 2006, va intesa non nel senso che la successiva presentazione della domanda di concordato cd. "piena" implichi di per sé (ovverosia per implicita rinuncia) la caducazione della precedente domanda cd. "in bianco", bensì in quello che, poiché rispetto al medesimo imprenditore ed alla medesima insolvenza il concordato non può che essere unico, qualora la procedura di concordato sia pendente non è configurabile una ulteriore domanda di ammissione avente carattere di autonomia, "a meno che da quest'ultima non si desuma l'inequivoca volontà del proponente (pur se non espressa con formule sacramentali) di rinunciare a quella in precedenza depositata" (cfr. Cass. n. 6277 del 2016).

2.1.2. Ma quest'ultima affermazione deve essere declinata anche nel senso che "respinta l'istanza di proroga e scaduto il termine concesso ex art. 161, comma 6, l.fall., la domanda di concordato deve essere dichiarata inammissibile dal tribunale, ai sensi dell'art. 162, comma 2, l.fall.; che, tuttavia, va fatta salva la facoltà per il proponente, in pendenza dell'udienza fissata per la dichiarazione di inammissibilità, ovvero anche per l'esame di eventuali istanze di fallimento, di depositare una nuova domanda di concordato, ai sensi dell'art. 161, comma 1, l.fall. (corredata dalla proposta, del piano e dei documenti), dalla quale si desuma la rinuncia a quella con riserva, sempre che la nuova domanda non si traduca in un abuso dello strumento concordatario" (cfr. Cass. n. 6277 del 2016. In senso sostanzialmente conforme si veda anche, in motivazione, la più recente Cass. n. 25479 del 2019).

2.2. È evidente, quindi, che la presentazione della nuova domanda di concordato, corredata della proposta, del piano e dei documenti, non implica, di per sé, la rinuncia a quella con riserva, potendosi dalla successiva solo desumere l'inequivoca volontà del proponente (pur se non espressa con formule sacramentali) di rinunciare a quella in precedenza depositata.

2.3. Tale inequivoca volontà di rinuncia è stata, nella specie, affermata dalla corte territoriale con adeguato apprezzamento fattuale (esplicitato a pag. 4-5 della

sentenza impugnata), come tale insindacabile in questa sede, dovendosi, altresì, considerare che, secondo l'orientamento largamente dominante nella giurisprudenza di legittimità, è errato il riferimento alle norme di ermeneutica contrattuale in relazione alla interpretazione delle domande giudiziali ed ancor più per leggere il comportamento processuale delle parti: rispetto alle attività giudiziali non si pone, infatti, il problema dell'individuazione di una comune intenzione delle parti, e la stessa soggettiva intenzione della parte rileva solo nei limiti in cui sia stata esplicitata in modo tale da consentire alla controparte di cogliere l'effettivo contenuto dell'atto e di poter svolgere un'adeguata difesa (cfr. Cass. n. 25853 del 2014, nonché, in senso sostanzialmente conforme, Cass. n. 6125 del 2014; Cass. n. 24847 del 2011; Cass. n. 4754 del 2004, la quale ha anche precisato che l'interpretazione della domanda giudiziale si risolve in un giudizio di fatto riservato al giudice di merito, sindacabile in cassazione solo sotto il profilo del vizio di motivazione e non per violazione di legge; Cass. n. 10979 del 2003). In tale attività interpretativa il giudice, non condizionato dalle formali parole utilizzate dalla parte, deve, dunque, tener conto della situazione dedotta in causa e della volontà effettiva, nonché delle finalità che la parte intende perseguire (cfr. Cass. n. 8140 del 2004, richiamata, in motivazione, dalla più recente Cass. n. 6226 del 2014).

2.4. A tanto deve aggiungersi che, nell'ipotesi in cui con il ricorso per cassazione sia contestata (come oggi accaduto) la qualificazione attribuita dal giudice di merito alla volontà della parte, le relative censure, per essere esaminabili, non possono risolversi nella mera contrapposizione tra l'interpretazione del ricorrente e quella accolta nella sentenza impugnata, e devono essere accompagnate dalla trascrizione - rimasta, invece, assolutamente carente nel motivo di ricorso in esame - delle clausole individuative dell'effettiva volontà della parte (la cui ricerca, che integra un accertamento di fatto, è preliminare alla qualificazione della sua domanda giudiziale), al fine di consentire, in sede di legittimità, la verifica dell'erronea applicazione della disciplina normativa.

2.5.1. Nella specie, la corte fiorentina ha offerto una interpretazione della domanda di concordato ex art. 161, comma 1, l.fall. del 15 novembre 2016 (in termini di

domanda nuova recante implicita rinuncia a quella precedentemente formulata ex art. 161, comma 6, l.fall.), fornendo una motivazione sintetica, ma non sindacabile in ordine alle ragioni dell'esito dell'interpretazione, che si sottrae a verifiche in questa sede.

2.5.2. Tale valutazione non è stata peraltro censurata, o comunque adeguatamente contrastata, mediante critica della motivazione, ricordandosi che, secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, il sindacato di legittimità non può investire il risultato interpretativo, in sé, degli atti di parte, che appartiene all'ambito dei giudizi di fatto riservati al giudice di merito, ma afferisce solo alla verifica del rispetto dei canoni legali di ermeneutica e della coerenza e logicità della motivazione addotta. È, dunque, inammissibile ogni critica alla ricostruzione della volontà della parte operata dal giudice di merito che si traduca in una diversa valutazione degli stessi elementi di fatto da questi esaminati.

2.6. L'odierna doglianza, infine, nemmeno censura puntualmente la sentenza impugnata (laddove si legge - cfr. pag. 4-5 - che "la nuova proposta di concordato è intervenuta nella tempistica indicata proprio per paralizzare eventuali istanze di fallimento e, dunque, il Tribunale, nel considerarla inammissibile - perché non esplicitamente rinunciata la prima proposta o non definita la prima istanza in bianco - si è assestato su una interpretazione meramente formalistica, omettendo ogni valutazione circa il merito della seconda proposta di concordato che poteva essere considerata e vagliata intendendo per rinunciata, perché ormai inammissibile, la prima proposta") sotto il profilo del non essere stato ivi adeguatamente ponderato il profilo concernente un eventuale abuso dello strumento concordatario considerando, se del caso, la domanda ex art. 161, comma 1, l.fall. 15 novembre 2016 presentata dalla S. C. Editore S.r.l. con il palese scopo di differire la dichiarazione di fallimento.

3. Il secondo motivo è infondato (*omissis*).

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.
(*omissis*).

Reiterazione di domande di concordato e abuso del diritto di Federico Canazza (*)

La Suprema Corte è tornata a pronunciarsi su un tema dalla stessa già esaminato nel recente passato, confermando la soluzione alla quale era giunta, che consente di perimetrare l'ambito entro il quale il debitore ha la facoltà di rinunciare ad una procedura di concordato "in bianco" al fine di instaurarne un'altra, *ex novo*, ai sensi del comma 1 dell'art. 161 l.fall. La possibilità di reiterare la domanda concordataria, secondo la ricostruzione ermeneutica della Corte di cassazione, incontra un veto immanente, intrinseco al sistema concorsuale, costituito dal divieto di esercizio abusivo del proprio diritto di difesa.

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

Brevi premesse: le ipotesi di inammissibilità "codificata" del concordato "in bianco"

L'intervento legislativo portato dalla L. 7 agosto 2012, n. 134 - di conversione del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 - ha inciso, come noto, tra le altre cose, in maniera significativa sui contenuti dell'art. 161 l.fall., introducendo, al comma 6, la previsione in virtù della quale all'imprenditore è concessa la facoltà di depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori (con l'indicazione dei rispettivi crediti), riservandosi di presentare - entro un termine fissato dal giudice compreso fra sessanta e centoventi giorni (e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni) - (i) la proposta, (ii) la relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, (iii) lo stato analitico ed estimativo delle attività, (iv) l'elenco nominativo dei creditori (con l'indicazione altresì delle cause di prelazione), (v) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore, (vi) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili, (vii) il piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta nonché (viii) la relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo (1).

Il termine che il giudice concede al debitore per sciogliere la riserva connessa alla domanda di concordato depositata ex art. 161, comma 6, l.fall. è perentorio (2) e, pertanto, qualora lo stesso trascorra senza che il proponente effettui il deposito *de quo*, il tribunale - conformemente al dettato dell'art. 162 l.fall. (espressamente richiamato al comma 8 dell'art. 161 l.fall.) -, con decreto non soggetto a reclamo,

procederà a dichiarare inammissibile la proposta di concordato (3), pronunciando, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero ed accertati i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l.fall., il fallimento del debitore (4).

In tale contesto, il legislatore ha previsto un'ulteriore causa di inammissibilità (5), di assoluto rilievo nella comprensione della fattispecie affrontata dalla Suprema Corte, che è costituita da quello che è stato definito come il "limite della recidiva infrabiennale" (6) nell'ambito di una "sequenza orizzontale di rango minore" (7).

Il comma 9 dell'art. 161 l.fall. precisa, invero, che al debitore non è consentito depositare domanda di concordato "in bianco" qualora lo stesso imprenditore, nei due anni precedenti, abbia già presentato altra domanda della medesima natura alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo (ovvero l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti) (8).

La *ratio* sottesa al divieto contemplato dalla predetta norma è da rinvenirsi nella necessità di impedire al debitore di usufruire, per un periodo indefinito, degli effetti protettivi (c.d. "automatic stay") contemplati dall'art. 168 l.fall.; tale disposizione vieta ai creditori per titolo o causa anteriore - dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo - di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, procrastinando *sine die* il deposito della proposta e del piano (9).

La vicenda al vaglio della Suprema Corte

Al di fuori dell'ipotesi espressamente contemplata dal comma 9 dell'art. 161 l.fall., occorre comprendere

(1) Nello stesso termine, in via alternativa, il debitore può depositare domanda ai sensi dell'art. 182 bis, comma 1, l.fall. al fine di procedere alla ristrutturazione dei debiti con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti.

(2) Cass. 10 gennaio 2017, n. 270, in questa *Rivista*, 2017, 3, 264, e Cass. 31 marzo 2016, n. 6277, in *Dir. fall.*, 2016, 3-4, 882.

(3) Cfr. E. Staunovo Polacco, *Concordato con riserva*, in *www.iffallimentarista.it - Bussola*, 14 febbraio 2019.

(4) A. Audino, *Articolo 161. Domanda di concordato*, in AA.VV., *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. Maffei Alberti, Padova, 2013, 1088.

(5) L'ipotesi di inammissibilità della domanda di pre-concordato in parola trova simbolicamente il proprio antecedente storico nell'originaria previsione dell'art. 160, comma 1, n. 2, l.fall., il quale prevedeva che l'imprenditore che versava in stato d'insolvenza, fino a che il suo fallimento non fosse stato dichiarato, avrebbe potuto proporre ai creditori un concordato preventivo, a condizione che non fosse stato dichiarato fallito ovvero che non fosse stato ammesso ad una procedura di concordato preventivo nei cinque anni precedenti.

(6) M. Ferro, *Art. 161. Domanda di concordato. B) Il concordato con riserva*, in AA.VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2014, 2141.

(7) F. Lamanna, *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di pre-concordato, di concordato e di omologa di accordi*, in *www.iffallimentarista.it - Focus*, 13 novembre 2013.

(8) M. Nobili, *Domanda di concordato e sua ammissibilità o inammissibilità*, in AA.VV., *Fallimento e crisi d'impresa*, Milano, 2019, 684; A.M. Perrino, *Art. 161. Domanda di concordato*, in AA.VV., *Codice commentato del fallimento. Diritto europeo. Normativa transfrontaliera. Normativa tributaria. Amministrazione straordinaria. Sovraindebitamento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2017, 2053; C. Palmerio, *La domanda di concordato, La verifica del passivo*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di A. Anglani - F. Cesaris - G. Fauda - F. Marelli - G.C. Sessa, Milano, 2017, 640, e Mc. Giorgetti, *Le procedure concorsuali*, Milano, 2015, 258.

(9) S. Ambrosini - M. Aiello, *La modifica, la rinuncia e la presentazione della domanda di concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 4 maggio 2014, 16.

quale sia la sorte della (diversa) proposta di concordato preventivo formulata dal debitore, il quale abbia previamente rinunciato al concordato "in bianco" (omettendo, ad esempio, come nel caso di specie, di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 l.fall. nel termine fissato dal giudice).

Nella vicenda oggetto di disamina da parte della Corte di cassazione, infatti, a fronte del deposito di una domanda di preconcordato, il tribunale ha concesso termine al proponente sino all'11 novembre 2016 per depositare la proposta, il piano e l'ulteriore documentazione prevista dalla legge, fissando udienza per la comparizione delle parti al 16 novembre 2016.

Il debitore, dopo aver visto respingere una tempestiva istanza di proroga del predetto termine, ha lasciato spirare tale scadenza procedurale, omettendo il deposito della proposta e del piano, ma, antecedentemente all'udienza di comparizione, ha formulato un'altra domanda di concordato, completa di tutta la documentazione, come richiesto dal comma 1 dell'art. 161 l.fall.

All'udienza, il tribunale ha dichiarato l'inammissibilità della domanda concordataria "in bianco" e, in accoglimento dell'istanza del pubblico ministero, ha pronunciato il fallimento della società.

Nel giudizio di reclamo ex art. 18 l.fall., il debitore ha rilevato la natura autonoma della seconda domanda di concordato e la conseguente, implicita, rinuncia alla domanda originaria, eccependo che l'inammissibilità sancita dal tribunale sulla nuova proposta non rientrava tra le ipotesi specificamente previste dalla legge.

La Corte d'Appello di Firenze, nel revocare la dichiarazione di fallimento e trasmettere gli atti al tribunale per la valutazione della proposta concordataria depositata *ex novo*, ha precisato che quest'ultima doveva necessariamente interpretarsi come un'autonoma domanda contenente implicita rinuncia ad una proposta, già di per sé perentoria, di concordato con riserva. Nel formulare ricorso per cassazione avverso la predetta pronuncia della Corte d'Appello, il Fallimento ha eccepito l'erroneità della statuizione dei giudici che ha identificato come nuova la domanda di concordato depositata il 15 novembre 2016, nonostante la stessa fosse confluita nell'alveo della precedente domanda di preconcordato.

L'antitesi (teorica) tra unicità del procedimento e nuova domanda in caso di rinuncia alla domanda originaria

L'iter argomentativo seguito dalla Suprema Corte per valutare la legittimità, o meno, della consecuzione tra concordato "in bianco" rinunciato, ovvero perentorio, e domanda di concordato ex comma 1 dell'art. 161 l.fall. è caratterizzato da tre passaggi logico-giuridici, il primo dei quali concerne l'analisi della postulata contrapposizione tra il concetto di domanda nuova e/o autonoma e quello di unicità del procedimento. Se, da un lato, i giudici della Corte d'Appello di Firenze hanno fatto propria la tesi difensiva della società debitrice secondo cui la domanda da ultimo depositata era da intendersi come nuova rispetto a quella originariamente proposta, dall'altro lato, il Fallimento ha rilevato come tale lettura non potesse dirsi conforme alla realtà processuale, in quanto la domanda finale depositata nel procedimento concordatario era già pendente e, quindi, nell'ambito di un procedimento caratterizzato dal medesimo numero di ruolo.

Per superare tale - apparente - *impasse* la Suprema Corte richiama un principio dalla stessa già affermato nel recente passato in relazione alla possibilità per il debitore di presentare una nuova domanda di concordato preventivo con rinuncia ad analoga domanda già ammessa: la Corte, invero, ha ribadito che, qualora penda una procedura di concordato preventivo, non sarebbe configurabile un'ulteriore domanda di concordato con carattere di autonomia rispetto a quella originaria - che dia, cioè, luogo a una nuova e separata procedura, che ricominci dal suo inizio con l'audizione del debitore -, in quanto, con riguardo al medesimo imprenditore e alla medesima insolvenza, il concordato non può che essere unico e, dunque, unica la relativa procedura e il suo esito (10), ossia, alternativamente, omologazione o dichiarazione di fallimento (11).

La Suprema Corte, quindi, ribadito il principio in virtù del quale rispetto al medesimo imprenditore e alla stessa insolvenza il concordato non può che essere unico, ammette ciò che apparentemente risulterebbe precluso alla luce del predetto principio, ossia la proposizione - all'interno del medesimo procedimento - di un'ulteriore domanda di ammissione avente carattere di autonomia ogni qual volta dalla medesima possa desumersi l'inequivoca volontà del

(10) Cass. 14 gennaio 2015, n. 495, in questa *Rivista*, 2016, 115; Cass. 7 febbraio 2006, n. 2594, in questa *Rivista*, 2006, 1335; Trib. Latina 30 luglio 2012, in www.ilcaso.it, e App. Torino 14 luglio 2010, in www.ilcaso.it.

(11) F. Lamanna, *La rinuncia alla domanda di concordato*, in www.ilfallimentarista.it - Blog, 8 febbraio 2016.

proponente - pur se non espressa con formule sacramentali - di rinunciare a quella precedentemente depositata (12).

L'omesso deposito della proposta e del piano e la presentazione di nuova domanda di concordato

Riconosciuta la possibilità della consecuzione tra domanda "in bianco" rinunciata e proposta di concordato "pieno" nell'ambito della medesima procedura, il secondo step del ragionamento seguito dalla Suprema Corte è caratterizzato dall'inserimento della predetta nozione in altro contesto, caratterizzato dall'avvenuto decorso del termine assegnato dal giudice per il deposito della proposta, del piano e dei documenti (una volta respinta l'eventuale istanza di sua proroga).

Anche in tal caso, la Corte di cassazione prende le mosse da un'affermazione di principio *tranchant*, che riconosce la domanda tardivamente integrata dal debitore come passibile di dichiarazione di inammissibilità ai sensi e per gli effetti dell'art. 162, comma 2, l.fall., per poi ammettere che, in pendenza dell'udienza fissata per la declaratoria di inammissibilità della domanda concordataria e l'eventuale dichiarazione di fallimento, il debitore possa depositare un nuovo ricorso ex art. 161, comma 1, l.fall., corredato, dunque, "ab initio" dalla proposta, dal piano e dai documenti, dal quale si desuma la rinuncia alla pregressa domanda "con riserva" (13).

L'inosservanza del termine di cui all'art. 161, comma 6, l.fall. determina, pertanto, stante la natura decadenziale del medesimo, l'inammissibilità della domanda concordataria, ma, al contempo, non impedisce al debitore di depositare una nuova domanda di concordato ai sensi del comma 1 del predetto articolo

e ciò, evidentemente, anche al fine di paralizzare eventuali istanze di fallimento nelle more pendenti (14).

In sostanza, se, per un verso, l'ammissione alla procedura di concordato preventivo impedisce la proposizione di un'ulteriore e autonoma domanda di concordato rispetto a quella originaria, poiché, rispetto al medesimo imprenditore e alla medesima insolvenza, il concordato non può che essere unico, per altro verso, tale necessaria unicità comporta che il debitore, a seguito della proposizione di un ricorso per concordato preventivo "con riserva", possa depositare un nuovo ricorso "pieno" a condizione che dallo stesso si desuma la rinuncia alla pregressa domanda "in bianco" (15).

Il tale contesto, il limite temporale per reiterare la proposta concordataria in termini nuovi e autonomi risulta essere costituito dalla pronuncia con la quale, alternativamente, viene dichiarata l'inammissibilità della domanda proposta *ab origine*, ovvero il fallimento del debitore (16).

L'esercizio abusivo del diritto: il limite posto dal comma 9 dell'art. 161 l.fall.

L'ultimo passaggio interpretativo affrontato dalla Suprema Corte - e, a ben vedere, quello da ritenere dirimente per determinare in concreto l'ammissibilità, o meno, della nuova domanda di concordato, presentata previa rinuncia alla precedente - è dato dal vaglio del corretto utilizzo dello strumento concordatario, una volta calato nella realtà del caso di specie.

Al riguardo, è bene rammentare che la consecuzione tra concordati nel caso di ritiro della domanda originaria e di successiva presentazione di nuova iniziativa, anche a fronte dell'avvenuto decorso del termine assegnato dal giudice per il deposito della

(12) Cass. 18 marzo 2019, n. 7577, in *Pluris*.

(13) Cass. 31 marzo 2016, n. 6277, in *Dir. fall.*, 2016, 3-4, 882, e Cass. 10 ottobre 2019, n. 25479, in <http://fallimentocuratore.ipsoa.it>, nonché, in dottrina, F. Lamanna, *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di preconcordato, di concordato e di omologa di accordi*, in www.ilfallimentarista.it - Focus del 13 novembre 2013, il quale definisce la fattispecie in esame come un'ipotesi di "sequenza verticale ascendente".

(14) M. Nobili, *Domanda di concordato e sua ammissibilità o inammissibilità*, in AA.VV., *Fallimento e crisi d'impresa*, Milano, 2019, 685, e C. Palmerio, *La domanda di concordato, La verifica del passivo*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di A. Anglani - F. Cesaris - G. Fauda - F. Marelli - G.C. Sessa, Milano, 2017, 640.

(15) *Contra* F. Lamanna, *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di preconcordato, di concordato e di omologa di accordi*, in www.ilfallimentarista.it - Focus, 13 novembre 2013, il quale ritiene che non sia irragionevole immaginare che una

preclusione analoga a quella prevista dall'art. 161, comma 9, l.fall. operi anche quando, a seguito della mancata presentazione in termini della proposta tardiva di concordato, il debitore, per eludere la norma sanzionatoria, presenti fuori termine non la sola e distinta proposta su cui verteva la riserva, ma una domanda di concordato che appaia formalmente nuova e redatta questa volta in forma definitiva, e cioè un nuovo ricorso già corredato da proposta, piano e documenti accessori: (anche) in tal caso - scrive l'Autore - "il Tribunale - si sia o meno già prima pronunciato sull'inammissibilità della proposta ai sensi dell'art. 162, comma 2, l.fall. - dovrebbe a rigore dichiarare comunque l'inammissibilità della domanda o della proposta, senza che possa avere rilievo la circostanza che quest'ultima sia stata presentata a corredo di un nuovo ricorso-domanda di concordato preventivo", in quanto, in difetto, risulterebbe "troppo facile eludere la norma sanzionatoria".

(16) App. Genova 20 novembre 2011, in www.ilcaso.it.

proposta, del piano e dei documenti (una volta respinta l'eventuale istanza di sua proroga), stando al dato normativo, incontra il solo limite della preclusione di cui all'art. 161, comma 9, l.fall., che - ben potendosi qualificare come un'ipotesi codificata di abuso (17) - impedisce la presentazione di una domanda di concordato "con riserva" da parte dell'imprenditore che, nei due anni antecedenti, abbia depositato identico ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall. senza che in seguito si sia giunti all'ammissione al concordato (o, in alternativa, all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione).

In applicazione del limite *de quo*, in passato, a fronte del mancato deposito della proposta, del piano e della documentazione prescritta dall'art. 160, commi 2 e 3, l.fall. entro il termine fissato ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall., i giudici non hanno esitato a ritenere che sia necessario procedere alla convocazione del debitore in camera di consiglio e, in mancanza di istanze di fallimento, dichiarare inammissibile la procedura di concordato con riserva (18).

Non può tacersi il fatto che la sussistenza del solo limite portato dal comma 9 dell'art. 161 l.fall. non è unanimemente riconosciuta: in dottrina infatti non è mancato chi ha suggerito la necessità di procedere ad un'interpretazione analogica della previsione in parola, nel senso che il divieto biennale opererebbe altresì nell'ipotesi di presentazione di una prima domanda di concordato preventivo ex art. 161, comma 1, l.fall., non andata a buon fine, seguita da una domanda di preconcordato nei due anni (19).

Tale tesi si fonda sulla constatazione che una corretta interpretazione del dettame dell'art. 161 l.fall. dovrebbe riconoscere che la *ratio* del comma 9 della citata norma andrebbe rinvenuta nell'intenzione - di carattere generale - di limitare i tentativi di accesso allo strumento concordatario nell'ambito della stessa situazione di crisi, prescindendo quindi dalla forma assunta dalla domanda originaria (20).

La teoria in questione e le argomentazioni a suo sostegno, pur avendo un'innegabile fondamento

logico, non hanno trovato particolare riscontro in sede giurisdizionale, tanto che - già nel 2013 -, in un caso che riguardava l'ipotesi sopra richiamata, i giudici ebbero a precisare che "per espressa indicazione del legislatore, una domanda di concordato con riserva è inammissibile solo qualora sia stata preceduta da un'altra domanda di concordato con riserva presentata con esito infruttuoso, ma non quando segua una domanda concordataria che abbia palesato fin dall'origine il proprio contenuto" (21).

Sempre nel senso di una rigorosa interpretazione del comma 9 dell'art. 161 l.fall. e della sua portata si è recentemente espressa la stessa Suprema Corte, la quale ha rimarcato come la domanda di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, comma 1, l.fall. è ammissibile anche dopo che sia stato omologato l'accordo di ristrutturazione dei debiti sottoscritto dal medesimo imprenditore, in quanto la previsione di cui al successivo comma 9 non trova applicazione nel caso di consecuzione delle stesse, restando preclusa al debitore - quando non abbia ottenuto l'ammissione al concordato ex art. 161, comma 6, l.fall. ovvero l'omologa di un accordo - soltanto la possibilità di ripresentare nel biennio successivo una nuova domanda di concordato "con riserva" (22).

continua) L'esercizio abusivo del diritto: i limiti intrinseci al sistema concorsuale

L'esistenza - sul piano normativo - di un'unica previsione di inammissibilità, quale quella contenuta nel comma 9 dell'art. 161 l.fall., non ha impedito ai giudici della Suprema Corte di sviluppare ulteriormente il proprio ragionamento, giungendo infine a riconoscere e identificare un limite immanente alla proposizione di una nuova domanda a seguito della rinuncia a quella originariamente depositata, costituito dal fatto che tale nuova iniziativa non possa tradursi in un abuso dello strumento concordatario (23).

Una volta riconosciuta la sola limitazione portata dal comma 9 dell'art. 161 l.fall., il ricorso al concetto

(17) S. Ambrosini - M. Aiello, *La modifica, la rinuncia e la presentazione della domanda di concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 4 maggio 2014, 16.

(18) Trib. Terni 8 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*, il quale, già in allora, riconosceva comunque la facoltà per il debitore di proporre una nuova domanda di concordato preventivo, completa di tutti i suoi elementi, ex art. 161, commi 1, 2 e 3, l.fall.

(19) F. Lamanna, *Possibilità di "consecutio" solo unidirezionale tra preconcordato e concordato. Profili di abuso di diritto*, in *ilFallimentarista.it - Blog*, 6 febbraio 2013, e sempre F. Lamanna, *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di preconcordato, di concordato e di omologa di accordi*, in *ilFallimentarista.it - Focus*, 13 novembre 2013, il quale parla di "sequenza verticale discendente".

(20) A. Giovetti, *Il nuovo preconcordato: profili di inammissibilità ed abuso del diritto*, in *www.ilfallimentarista.it - Giurisprudenza commentata*, 20 febbraio 2013.

(21) Trib. Forlì 12 marzo 2013, *www.ilcaso.it*.

(22) Cass. 10 aprile 2019, n. 10106, in *Pluris*.

(23) Cass. 18 marzo 2019, n. 7577, in *Pluris*; Cass. 31 marzo 2016, n. 6277, in *Dir. fall.*, 2016, 3-4, 882, e Cass. 10 ottobre 2019, n. 25479, in *Pluris*. Si vedano, in dottrina, V. Baroncini, *I limiti della presentazione di una nuova proposta di concordato preventivo contestualmente alla rinuncia di altra precedentemente presentata*, in questa *Rivista*, 2019, 479; A. Penta, *L'abuso dello strumento concordatario*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 116; R. Bonsignore - P. Rainelli, *Abuso del diritto nel concordato preventivo "con riserva"*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 483; P. Farina, *Il nuovo regime della*

dell'abuso del diritto rappresenta un correttivo in tutte quelle ipotesi nelle quali il debitore ricorre a strumenti di composizione della crisi aziendale deviando dalla loro funzione tipica.

L'abuso, invero, - come la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire in termini generali e di principio - si concretizza quando un diritto è esercitato deviando dalla sua funzione tipica e/o dalla sua ragion d'essere e/o dai principi dell'ordinamento, in maniera tale da disattendere le finalità che ne giustificano l'attribuzione ovvero da condurre a situazioni che l'ordinamento non dovrebbe ammettere; in tal senso, risultano elementi costitutivi della fattispecie quantomeno le seguenti circostanze: (i) la titolarità di un diritto soggettivo, (ii) l'esistenza di circostanze tali da far ritenere che l'esercizio concreto del diritto, anche se formalmente rientrante nel quadro delineato dal legislatore, si sia svolto secondo modalità censurabili e (iii) la sussistenza di una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio ricadente su altri soggetti (24).

Nel caso di specie, la titolarità di un diritto soggettivo riguarda la facoltà di accedere agli strumenti concordatari e la sussistenza di una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio ricadente su altri soggetti è data dalla dilatazione eccessiva della durata del procedimento, ottenendo la procrastinazione di una decisione in ordine alle istanze di fallimento e così del c.d. "automatic stay", ossia degli effetti di protezione del patrimonio del debitore dalle azioni cautelari ed esecutive dei creditori previsti dall'art. 168 l.fall. (25).

L'esistenza di circostanze tali da far ritenere che l'esercizio concreto del diritto si sia svolto secondo modalità censurabili dovrà essere oggetto di specifico esame, considerando la singola fattispecie concreta (26).

La soluzione adottata dalla Corte di cassazione, oltre a porsi in un ideale *continuum* con l'approccio adottato in sede europea (atteso, invero, che il 24°

considerando della Dir. UE 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 precisa che "[È] opportuno che i debitori, comprese le persone giuridiche e, ove previsto dal diritto nazionale, le persone fisiche e i gruppi di imprese, possano disporre di un quadro di ristrutturazione che consenta loro di far fronte alle difficoltà finanziarie in una fase precoce, quando sembra probabile che l'insolvenza possa essere evitata e la sostenibilità dell'attività assicurata. Un quadro di ristrutturazione dovrebbe essere disponibile prima che il debitore diventi insolvente ai sensi del diritto nazionale, ossia prima che soddisfi le condizioni previste dal diritto nazionale per avviare procedure concorsuali per insolvenza, che di norma comportano lo spopolamento totale del debitore e la nomina di un curatore. Onde evitare abusi dei quadri di ristrutturazione, è opportuno che le difficoltà finanziarie del debitore presentino una probabilità di insolvenza e che il piano di ristrutturazione sia tale da impedire l'insolvenza e garantire la sostenibilità economica dell'impresa" (27)), si inserisce nell'alveo del suo stesso, recente, *excursus* giurisprudenziale concernente la qualificazione dei rapporti tra procedura concordataria e fallimento.

In prima battuta, invero, la Suprema Corte ha rilevato che l'avvenuta espunzione dall'art. 160 l.fall. - a seguito dell'intervento portato con il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 - dell'originario inciso che prevedeva la possibilità per l'imprenditore di proporre il concordato preventivo "fino a che il suo fallimento non è dichiarato" ha determinato il superamento del principio di prevenzione che correlava le due procedure, posponendo la pronuncia di fallimento al previo esaurimento della soluzione concordata della crisi dell'impresa.

Pertanto, il rapporto tra concordato preventivo e fallimento si atteggia come un fenomeno di consequenzialità - eventuale del fallimento, all'esito negativo della pronuncia di concordato - e di assorbimento - dei vizi del provvedimento di rigetto

domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari, in *Dir. fall.*, 2013, I, 76; F. Lamanna, *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di preconcordato, di concordato e di omologa di accordi*, in *www.ilfallimentarista.it - Focus*, 13 novembre 2013, e G. Lo Cascio, *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2012, 891.

(24) App. Milano 21 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*.

(25) Trib. Napoli 25 febbraio 2015, in questa *Rivista*, 2015, 746.

(26) App. Milano 21 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*, precisa che, se è vero che la reiterazione di domande di concordato può in astratto configurare un utilizzo abusivo delle facoltà riconosciute dalla normativa, tuttavia tale ipotesi è da escludere qualora la condotta del debitore non abbia arrecato alcun pregiudizio al creditore precedente.

(27) L. Panzani, *Il preventive restructuring framework nella direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. assonanze e dissonanze*, in *www.ilcaso.it - Blog*, 14 ottobre 2019, sottolinea come il "codice della crisi e dell'insolvenza" (*infra* richiamato) si ponga in linea con la richiesta - quale presupposto dell'accesso alla procedura di ristrutturazione - della sussistenza di (almeno) una "probabilità d'insolvenza" quale presupposto oggettivo per l'accesso laddove prescrive lo "stato di crisi" quale condizione di ingresso al concordato preventivo, definendolo - per l'appunto - come lo "stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore" e che (per le imprese) traspare dall'"inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate" (cfr. art. 2, lett. a).

in motivi di impugnazione del successivo fallimento - che determina un'esigenza di coordinamento fra i due procedimenti: in tale contesto, la facoltà per il debitore di proporre una procedura concorsuale alternativa al suo fallimento non rappresenterebbe quindi un fatto impeditivo alla relativa dichiarazione, ma una semplice esplicazione del suo diritto di difesa (28).

Più di recente, le Sezioni Unite - nel precisare che tra la domanda di concordato preventivo ("ordinario" o "con riserva") e l'istanza o la richiesta di fallimento ricorre, in quanto iniziative tra loro incompatibili e dirette a regolare la stessa situazione di crisi, un rapporto di continenza (29), sostanzialmente andando a definire quali siano i limiti oltre i quali il diritto di difesa del debitore non può estrinsecarsi - hanno chiarito che: (i) se, per un verso, la pendenza di una domanda di concordato preventivo (quale che sia la sua natura), pur non rendendo improcedibile il procedimento prefallimentare iniziato su istanza del creditore o su richiesta del p.m. né implicandone la sospensione (ben potendo lo stesso essere istruito e concludersi con un decreto di rigetto), impedisce la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 l.fall. (ossia, rispettivamente, quando la domanda di concordato sia dichiarata inammissibile, quando sia revocata l'ammissione alla procedura, quando la proposta di concordato non sia approvata e quando, all'esito del giudizio di omologazione, sia respinto il concordato) (30); (ii) per altro verso, la domanda di concordato preventivo presentata dal debitore non per regolare la crisi dell'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma con lo scopo di differire la dichiarazione di fallimento, è inammissibile in quanto integra gli estremi di un abuso del processo, che ricorre quando, con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, si utilizzano strumenti processuali per perseguire

finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento li ha predisposti (31).

In tale contesto, una volta escluso che sotto il profilo tecnico-giuridico vi siano elementi tali da imporre la priorità del concordato sul fallimento - e negata altresì la *relatio* tra procedure in termini di pregiudizialità-dipendenza -, occorre necessariamente porre l'attenzione al merito, attribuendo al giudice il potere di valutare, di volta in volta, se e in che termini la domanda concordataria non sia meramente volta a ritardare la dichiarazione di fallimento (32).

La conclusione alla quale si giunge - in termini pratici - seguendo le indicazioni della Suprema Corte, condensate, per certi versi, nella pronuncia in commento, è quella del riconoscimento della necessità di non far luogo alla pronuncia di fallimento, salvo impropri utilizzi dell'istituto concordatario, non essendovi alcuna attribuzione al debitore di una potestà unilaterale di precludere indefinitamente l'iniziativa fallimentare, che appartiene ad un unitario procedimento (33).

Gli effetti sottesi alla consecuzione tra procedure concordatarie

Come si è scritto in precedenza, conformemente al disposto del comma 1 dell'art. 168 l.fall., dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese (e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, recita la norma), i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari contro il debitore: tale condizione - caratterizzata dal riconoscimento di un effetto protettivo sul patrimonio del debitore stesso (c.d. "*automatic stay*") - si realizza nel caso in cui il debitore chieda il termine di cui al sesto comma dell'art. 161 l.fall. così come nell'ipotesi di instaurazione di una procedura di concordato "pieno".

(28) Cass., SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Quotidiano Giuridico*, 2015.

(29) Con il corollario, sotto il profilo procedurale, di rendersi necessaria la riunione dei relativi procedimenti ai sensi dell'art. 273 c.p.c., se pendenti innanzi allo stesso giudice, ovvero l'applicazione delle disposizioni dettate dall'art. 39, comma 2, c.p.c. in tema di continenza e competenza, se pendenti innanzi a giudici diversi.

(30) Cfr. M. Fabiani, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2017, 501.

(31) Cass., SS.UU., 15 maggio 2015, nn. 9935 e 9936, in questa *Rivista*, 2015, 900 (le quali precisano che, non sussistendo un rapporto di pregiudizialità tecnico-giuridica tra la procedura concordataria ed il procedimento prefallimentare, la pronuncia di fallimento non è esclusa durante le eventuali fasi di impugnazione

dell'esito negativo del concordato preventivo) nonché Cass. 25 ottobre 2018, n. 27120, in questa *Rivista*, 2019, 479; Cass. 16 aprile 2018, n. 9370, in *Pluris*, e Cass. 16 maggio 2017, n. 12066, in *Pluris*. Sivedano, in dottrina, F. De Santis, *Principio di prevenzione, ed abuso della domanda di concordato: molte conferme e qualche novità dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione*, in questa *Rivista*, 2015, 917, e I. Pagni, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare dopo le Sezioni unite del maggio 2015*, in questa *Rivista*, 2015, 928.

(32) R. Tiscini, *Esigenze di coordinamento tra concordato preventivo e fallimento e categorie del diritto processuale*, in questa *Rivista*, 2015, 557.

(33) Cfr. Cass. 18 gennaio 2017, n. 1169, e Cass. 8 settembre 2016, n. 17764, entrambe in *Pluris*, nonché Trib. Milano 4 ottobre 2012, in *DeJure*.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

Il menzionato art. 168 l.fall., infatti, nel riferirsi alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese non pone alcuna differenziazione tra ricorso col quale si chiede la concessione di un termine per presentare la proposta, il piano e la documentazione e quello con cui si propone un concordato ai creditori.

Considerato che il concordato con riserva è, ad ogni effetto, parte integrante della procedura di concordato preventivo, che inizia, come emerge dal tenore letterale dell'art. 161, comma 6, l.fall., con la presentazione del solo "ricorso contenente la domanda di concordato", gli effetti protettivi della domanda "in bianco" si conservano qualora il concordato venga ammesso (34): ne consegue che l'effetto del riconoscimento della possibilità di rinunciare al concordato "in bianco" proponendone uno "pieno", che si inserisce in un'unica procedura, implica che l'impedimento portato del c.d. "automatic stay" si protragga sino a giungere - nella migliore delle ipotesi - all'emissione del decreto di omologazione del concordato preventivo, coprendo un arco temporale che trova la sua origine nel deposito del (solo) ricorso e che procede attraverso la fase caratterizzata dalla rinuncia alla domanda "in bianco" e dal (contestuale) deposito del ricorso "pieno".

Alla luce del fatto che la sequenza che caratterizza il fenomeno in parola non costituisce una mera successione temporale di procedimenti, ma realizza un'unica procedura concorsuale, nell'ambito della quale le procedure progressivamente succedutesi costituiscono delle fasi, prive di autonomia e di separata rilevanza, le quali assumono rilievo in termini di conversione/trasformazione di un procedimento in un altro nel contesto di una procedura concorsuale dal carattere unitario (35), si esclude che gli effetti di ciascuna delle diverse procedure consecutive conservino l'ambito di applicazione che sarebbe loro proprio, se considerate

isolatamente, mentre gli effetti del processo concorsuale complessivo tendenzialmente si estenderebbero a tutto il periodo occupato dalla sequenza delle procedure che lo compongono (36).

Ne consegue che il fenomeno della consecuzione funge da elemento di congiunzione fra procedure distinte e consente di traslare dall'una all'altra procedura alcuni elementi, come, per l'appunto, gli effetti protettivi di cui all'art. 168 l.fall. (37).

Il *continuum* caratterizzante la consecuzione può coinvolgere - ed essere riconosciuto - anche in relazione a più di due procedure, come in un caso - sottoposto all'attenzione del Tribunale di Verona - nel quale si sono susseguite due domande di ammissione al concordato preventivo, la prima dichiarata inammissibile e la seconda ammessa, ed il fallimento occorso a seguito di revoca ai sensi dell'art. 173 l.fall. della seconda procedura (38): in tali ipotesi si rende necessario verificare, con riguardo a ciascun procedimento, se lo stesso si ponga o meno in rapporto di continuità con quello che l'ha preceduto così che il principio della *consecutio* troverà applicazione a partire dalla prima domanda nel solo caso in cui il fallimento sia riconducibile alla medesima situazione di crisi/insolvenza che aveva determinato la presentazione della domanda originaria (39).

Parimenti, per quanto qui di interesse, nonostante alcuni precedenti in senso contrario (40), nel caso di successione di più domande di concordato preventivo, il nesso di consequenzialità tra le stesse dev'essere individuato sulla base della permanenza del medesimo stato di insolvenza che le caratterizza, a nulla rilevando peraltro il ritorno *in bonis* dell'impresa tra l'una proposta e l'altra domanda (41).

Si tratta quindi di un'ipotesi caratterizzata dal succedersi (senza soluzione di continuità) di una serie di

(34) M. Fabiani, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it.

(35) Cass. 29 marzo 2016, n. 6045, in *Quotidiano Giuridico*, 2016, rileva come lo sbocco nel fallimento di una procedura concorsuale minore rappresenti la dimostrazione della sostanziale unitarietà del procedimento concorsuale cui è sottoposto l'imprenditore.

(36) Cass. 18 luglio 1990, n. 7339, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2848.

(37) Cass. 11 giugno 2019, n. 15724, in questa *Rivista*, 2019, 1011.

(38) Trib. Verona 26 luglio 2012, in www.ilcaso.it. *Contra* Cass. 6 giugno 2018, n. 14671, in *Pluris*, che, in relazione all'applicabilità del comma 3 dell'art. 168 l.fall., ha ritenuto che l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la pubblicazione della domanda di concordato preventivo operi esclusivamente con riferimento alla singola domanda di concordato ed in funzione del suo buon esito, sicché non può essere invocata nell'ambito dell'eventuale successiva domanda di concordato presentata dal medesimo debitore, non trovando applicazione il principio della c.d. "consecuzione delle procedure" che opera

soltanto nel caso di successione tra concordato preventivo e fallimento.

(39) A. Pazzi, *L'infinito mondo della consecuzione fra procedure concorsuali*, in questa *Rivista*, 2015, 21.

(40) Cfr. Trib. Asti 30 ottobre 2014, in www.ilcaso.it, per il quale non potrebbe ritenersi sussistente alcuna continuità tra il concordato preventivo in bianco e la domanda di concordato preventivo pieno e, più specificamente, nel caso in cui il debitore non depositi nel termine giudizialmente stabilito il piano, la proposta e la documentazione prescritta ex art. 161, comma 6, l.fall., gli effetti del concordato preventivo in bianco cesserebbero alla data di scadenza del suddetto termine, e non dalla data del decreto di inammissibilità della relativa domanda; ciò in quanto ammettere una consecuzione fra concordato preventivo in bianco, dichiarato inammissibile, e concordato preventivo pieno configurerebbe un'ipotesi di abuso del diritto, ottenendo il debitore gli effetti protettivi, che la legge accorda nella sola ipotesi in cui la domanda di concordato pieno segua senza soluzione di continuità la proposta di concordato in bianco, anche nel caso in cui la domanda di concordato preventivo in bianco sia stata dichiarata inammissibile.

(41) App. Ancona 5 settembre 2018, in www.ilcaso.it.

procedure concorsuali - volte a regolare una coincidente situazione di dissesto (42) - in relazione al medesimo debitore, come conseguenza del mancato raggiungimento del proprio scopo istituzionale da parte di quelle originariamente attivate (43), ma con riconoscimento degli effetti della procedura concordataria a partire dal deposito della domanda ("in bianco") originaria.

Tale principio trova applicazione anche in relazione al disposto dell'art. 169 l.fall., che contempla l'applicabilità - a partire dalla data di presentazione della domanda di concordato - di una serie di disposizioni (44), con la conseguenza che, qualora il debitore, come nel caso di specie, rinunci al concordato "in bianco" proponendone uno "pieno" le regole dettate dalle norme testé richiamate troveranno applicazione sin dal deposito della domanda originaria.

Più nello specifico, tale situazione si verificherà in relazione:

- all'art. 45 l.fall., sicché le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data di deposito della domanda "in bianco", saranno senza effetto rispetto ai creditori (45);

- all'art. 55 l.fall., con la conseguenza che - in linea generale (ossia escluse le eccezioni specificamente contemplate dalla normativa fallimentare) - il deposito della domanda di "pre-concordato" sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, anche in relazione al successivo concordato "pieno" (46); i debiti pecuniari del debitore si considerano scaduti, agli effetti del concorso, alla data di deposito della domanda di concordato "in bianco";

- all'art. 56 l.fall., per cui i creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il debitore i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima del deposito della domanda di concordato "in bianco" (47) e per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra i vivi dopo il predetto deposito o nell'anno anteriore;

- all'art. 59 l.fall. in virtù del quale i crediti non scaduti, aventi per oggetto una prestazione in danaro determinata con riferimento ad altri valori o aventi per oggetto una prestazione diversa dal danaro, concorrono secondo il loro valore alla data della dichiarazione di deposito della domanda di concordato "in bianco"; e

- all'art. 60 l.fall. così che il credito relativo ad una rendita vitalizia è riconosciuto in sede concorsuale per una somma equivalente al valore capitale della rendita stessa al momento del deposito della domanda di "pre-concordato".

Peraltro, una delle ragioni per le quali il fenomeno del riconoscimento della consecuzione tra procedure non è venuto meno a seguito degli interventi legislativi del 2005 e del 2007 è da rinvenirsi nella successiva emanazione della L. 7 agosto 2012, n. 134 (che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 22 giugno 2012, n. 83), la quale ha introdotto il comma 2 all'art. 69 bis l.fall., che prevede che, nel caso in cui alla domanda di concordato segua la dichiarazione di fallimento, i termini per l'esercizio delle azioni revocatorie decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese, così (in parte) disciplinando il principio della consecuzione (48).

(42) Cass. 11 giugno 2019, n. 15724, in questa *Rivista*, 2019, 1011, e Trib. Forlì 3 novembre 2015, con nota di P. Pototschnig, *Consecuzione tra procedure concorsuali e nuovi scenari applicativi nella stagione riformatrice*, in questa *Rivista*, 2016, 774, il quale ha rilevato che: "[I] principio della consecuzione di procedure è applicabile sul presupposto di un rapporto causale tra le stesse, avendo come riferimento l'identità della situazione d'insolvenza ... La relazione causale tra due procedure deve essere esclusa quando ... il debitore non solo non abbia dimostrato che la sua impresa sia rimasta inattiva e il relativo stato di dissesto non sia economicamente mutato, ma abbia altresì ammesso di aver compiuto atti e pagamenti tali da far ritenere che la consistenza e la qualità delle masse passive si siano modificate".

(43) M. Nobili, *Domanda di concordato e sua ammissibilità o inammissibilità*, in AA.VV., *Fallimento e crisi d'impresa*, Milano, 2019, 505.

(44) F. Marelli, *Gli effetti della domanda di concordato. La fase successiva al deposito del ricorso*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di A. Anglani - F. Cesaris - G. Fauda - F. Marelli - G.C. Sessa, Milano, 2017, 659; P.F. Censoni, *Il concordato preventivo*, in AA.VV., *Trattato delle procedure concorsuali. Concordato preventivo. Liquidazione coatta amministrativa. Tutela dei diritti. Profili penali*, a cura di A. Jorio - B. Sassani, IV, Milano, 2016, 222 e ss.; A.M. Perrino, *Art. 169. Norme applicabili*,

in AA.VV., *Codice commentato del fallimento. Diritto europeo. Normativa transfrontaliera. Normativa tributaria. Amministrazione straordinaria. Sovraindebitamento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2017, 2196, e F.S. Filocamo, *Art. 169. Norme applicabili*, in AA.VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2014, 2271 ss.

(45) G.B. Nardecchia, *L'art. 169 l.fall. dopo la riforma del concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2009, 633, in merito alla *consecutio* concordato-fallimento.

(46) Cfr. Trib. Catania 30 giugno 1987, in *Dir. fall.*, 1987, II, 834, e App. Milano 3 febbraio 1984, in questa *Rivista*, 1984, 969, con riferimento alla *consecutio* concordato-fallimento.

(47) Cass. 6 agosto 2010, n. 18437, in questa *Rivista*, 2011, 30, in relazione alla *consecutio* concordato-fallimento.

(48) Per un commento all'art. 69 bis l.fall. in relazione al principio di consecuzione tra procedure, si vedano P. Bosticco, *Art. 69-bis. Decadenza dall'azione e computo dei termini*, in AA.VV., *Codice commentato del fallimento. Diritto europeo. Normativa transfrontaliera. Normativa tributaria. Amministrazione straordinaria. Sovraindebitamento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2017, 836, e G. Limitone, *Art. 69 bis. Decadenza dall'azione e computo dei termini*, in AA.VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2014, 1539.

Alcune brevi note conclusive (con uno sguardo rivolto al futuro)

La soluzione costituita dal riconoscere - in linea teorica - il diritto dell'imprenditore di reiterare la domanda concordataria al fine di sottoporre ai creditori un nuovo e più efficiente piano per superare la propria situazione di crisi (49), inibendo tale diritto nel solo caso in cui l'utilizzo dello strumento concordatario si riveli manifestazione di un esercizio abusivo del diritto medesimo, in quanto consentirebbe al debitore di godere degli effetti protettivi di cui all'art. 168 l.fall. e di sterilizzare le iniziative per la dichiarazione di fallimento eventualmente presentate dai creditori o dal pubblico ministero (50), pare - ad avviso di chi scrive - coerente con la necessità di bilanciare opposte esigenze: da un lato, quelle dei creditori e, dall'altro, quelle del debitore [di non veder ulteriormente frustrata la dinamica economica della propria attività qualora sia (ancora) possibile, se non opportuno, intervenire attraverso una soluzione giudizialmente concertata del proprio dissesto] (51). La bontà delle conclusioni assunte dalla Corte di cassazione, che nega l'introduzione di un "filtro" ulteriore e differente rispetto a quello contemplato dall'art. 161, comma 9, l.fall., è tanto più evidente se si considera l'ipotesi dottrinarie - non accolta in sede giurisprudenziale - alla quale si è fatto cenno in precedenza, riguardante l'opportunità di interpretare in via analogica il comma 9 dell'art. 161 l.fall. per ritenere *ex lege* inammissibile la domanda di pre-concordato che segua la rinuncia ad una proposta di concordato "ordinario": la presentazione della domanda di concordato "in bianco", cui si riconnette l'implicita rinuncia alla domanda di concordato preventivo "pieno" precedentemente depositata,

ammessa in linea di principio (in quanto non preclusa dall'art. 161, comma 9, l.fall.), ben potrà, invero, essere inibita qualora costituisca un abuso del diritto al ricorso alla composizione negoziale della crisi in quanto volta ad evitare l'ineluttabile conseguenza del mancato raggiungimento delle maggioranze nella procedura concordataria e, comunque, l'emissione della sentenza dichiarativa di fallimento, con conseguente ingiustificato pregiudizio del diritto del creditore istante, titolare a sua volta di un interesse giuridicamente tutelato alla declaratoria di fallimento in assenza delle condizioni di ammissibilità del concordato originariamente proposto (52).

Da ultimo, pare opportuno rilevare come la fattispecie affrontata dalla Suprema Corte - specificamente attinente alla reiterazione della domanda concordataria a seguito della rinuncia alla procedura "in bianco" e alla proposizione di una nuova domanda "ordinaria" - non dovrebbe ripresentarsi alla sua attenzione nei termini oggi esaminati e, più in generale, comportamenti riconducibili all'"abuso del diritto" dovrebbero - in linea teorica - ridursi alla luce delle previsioni del "codice della crisi e dell'insolvenza" ("CCII"), che dovrebbe entrare in vigore (a seguito del rinvio operato in occasione della legislazione emergenziale legata all'epidemia da Covid-19 (53)) il 1° settembre 2021.

Quanto al primo aspetto, l'art. 44, comma 1, lett. a), CCII, sotto il profilo procedurale, prevede - in relazione al concordato "con riserva" - che il tribunale, su domanda del debitore di accedere a una procedura di regolazione concordata, pronunci decreto con il quale, se richiesto, fissa un termine compreso tra trenta e sessanta giorni, prorogabile su istanza del debitore in presenza di giustificati motivi e solo in assenza di domande per l'apertura della liquidazione

(49) Secondo il Trib. Forlì 12 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*, il carattere di "originalità" ed "innovazione" della proposta è elemento assai significativo per escludere l'abuso del diritto, dovendo, ad esempio, prevedere una diversa formazione dell'attivo - ove eventualmente far confluire altri cespiti o finanziamenti ottenuti da terzi -, un diverso contenuto satisfattivo del ceto creditorio in termini percentuali, differenti tempistiche di pagamento, ovvero nuove forme di garanzia dei pagamenti già prospettati. Per contro, non corrisponde ad un interesse né dell'ordinamento, nel cui ambito anche al procedimento fallimentare deve essere assicurata una ragionevole durata, né del ceto creditorio perdere tempo a esaminare successive proposte concordatarie che abbiano identico contenuto, si differenzino per aspetti del tutto marginali e siano inidonee a mutare in concreto il quadro, giuridico e/o economico, originariamente già delineato.

(50) S. Ambrosini - M. Aiello, *La modifica, la rinuncia e la presentazione della domanda di concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 4 maggio 2014, 20, i quali precisano che le richieste dei creditori e del pubblico ministero sono destinate a prevalere solo nella misura in cui la soluzione concordataria appaia *ictu oculi* inidonea a fornire un'adeguata risposta all'insolvenza.

(51) Cfr. L. Gratteri, *Inammissibilità del ricorso per concordato in bianco in pendenza di una precedente procedura di concordato*, in *ilFallimentarista.it* - Giurisprudenza commentata, 16 maggio 2013, e M.A. Russo, *Concordato preventivo: uso distorto dello strumento di composizione della crisi d'impresa*, in *www.ilfallimentarista.it* - Giurisprudenza commentata, 22 maggio 2013, che parla di "condotta dilatoria del debitore e nell'uso di strumenti giuridici - in sé leciti - un abuso del diritto mirato a procrastinare sine die la dichiarazione di fallimento a scapito del diritto del creditore istante".

(52) Trib. Messina 30 gennaio 2013, in *DeJure*.

(53) È bene rammentare come, in sede di conversione del D.L. 8 aprile 2020, n. 23, la L. 5 giugno 2020, n. 40, abbia introdotto il comma 5 *bis* all'art. 9, il quale prevede che il debitore che, entro la data del 31 dicembre 2021, ha ottenuto la concessione dei termini di cui all'art. 161, comma 6, o all'art. 182 *bis*, comma 7, l.fall. può - entro i suddetti termini - depositare un atto di rinuncia alla procedura, dichiarando di avere predisposto un piano di risanamento ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall.

giudiziale, di non oltre sessanta giorni, entro il quale il debitore deposita la proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'art. 39, comma 1 (*i.e.* scritture contabili e fiscali obbligatorie, dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale, se questa ha avuto una minore durata, bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto, nonché un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi), oppure gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Orbene, considerato che - dall'emersione dell'indicatore della crisi - il debitore dispone di almeno sette mesi per redigere il piano ed attivare le negoziazioni con i creditori interessati e tre mesi aggiuntivi per redigere e sottoscrivere l'accordo di composizione negoziale (che rappresenta sostanzialmente la trasposizione nel nuovo sistema dell'attuale piano attestato) nonché, qualora ciò non avvenga, ulteriori sette mesi per giungere ad un accordo di ristrutturazione (54), la proposizione di un concordato "in bianco" dovrebbe giungere al termine di un "percorso" strutturato nel tempo, così evitando "ripensamenti" o strategie dilatorie.

In relazione al secondo argomento, oltre al fatto che i problemi di coordinamento tra procedure (come le questioni attinenti alla loro inammissibilità, improcedibilità, riunione, sospensione, ecc.) dovrebbero essere, se non superati, quantomeno di più semplice soluzione in conseguenza della previsione di un procedimento unitario (disciplinato dall'art. 40 CCII e che riguarda altresì il concordato "con riserva") per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza (55), il CCII - come correttamente rilevato in dottrina (56) - contiene una serie di previsioni che dovrebbero impedire o, almeno, disincentivare l'esercizio abusivo del proprio diritto di difesa da parte del debitore, pur nell'ottica di differire

l'apertura della liquidazione giudiziale in tutte quelle ipotesi concrete nelle quali il trascorrere del tempo possa assicurare ai creditori un miglior soddisfacimento o, quantomeno, trattamento.

Al riguardo, in via di estrema sintesi (e in maniera assai parziale), possono rammentarsi le seguenti disposizioni contenute nel CCII:

(i) l'art. 3 prevede che l'imprenditore individuale debba adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte e che l'imprenditore collettivo debba adottare un assetto organizzativo adeguato ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative, il che si traduce - ai sensi dell'art. 2086 c.c. - nell'obbligo di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, nonché, nell'ipotesi di rilevazione della crisi e della perdita della continuità aziendale, di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale (57);

(ii) l'art. 4 prescrive ai soggetti coinvolti di tenere, nell'esecuzione degli accordi e nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza nonché durante le trattative che le precedono, un comportamento improntato a buona fede e correttezza, imponendo specificamente al debitore di (a) illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo ai creditori tutte le informazioni necessarie ed appropriate allo strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza prescelto, (b) assumere tempestivamente le iniziative idonee alla rapida definizione della procedura, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori, e (c) gestire il patrimonio o l'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori;

(iii) l'art. 7 contempla (a) la trattazione delle domande dirette alla regolazione della crisi o dell'insolvenza in via d'urgenza e in un unico procedimento, con la precisazione che, qualora siano proposte più domande, il tribunale - condizionatamente al fatto che il piano indichi espressamente la convenienza per i creditori e che la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile o infondata - debba

(54) R. Ranalli, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019, 17 e 18.

(55) C. Cecchella, *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2020, 95.

(56) R. Santagata, *Concordato preventivo "meramente dilatorio" e nuovo "Codice della crisi e dell'insolvenza": verso il*

tramonto dell'abuso di diritto (o del processo)?, in *Dir. fall.*, II, 2019, 333.

(57) L'omessa adozione di un assetto adeguato costituisce un'irregolarità rilevante in funzione dell'applicazione dell'art. 2409 c.c.

trattare in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata, e (b) l'apertura della liquidazione giudiziale quando eventuali domande alternative di regolazione della crisi non siano accolte e sia accertato lo stato di insolvenza;

(iv) l'art. 8 limita la durata complessiva delle misure protettive - che, però, non sono automatiche, ma possono essere concesse dal tribunale, su richiesta del debitore, all'esito degli opportuni controlli (58) - a dodici mesi (anche non consecutivi), inclusi eventuali rinnovi o proroghe;

(v) l'art. 12 e seguenti concernono le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi nonché le misure protettive e premiali;

(vi) l'art. 43 precisa che, in caso di rinuncia alla domanda di cui all'art. 40 il procedimento si estingue, ferme la legittimazione del pubblico ministero intervenuto e la possibilità per il tribunale di condannare la parte che vi ha dato causa alle spese;

(vii) l'art. 44, comma 2, riconosce al tribunale il potere, su segnalazione del commissario giudiziale o

del pubblico ministero, di revocare il provvedimento di concessione dei termini del concordato "in bianco" quando (a) accerta l'esistenza di un atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero di qualsivoglia circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi, (b) quando vi è stata grave violazione degli obblighi informativi periodici (anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che il debitore deve assolvere, con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale) ovvero l'omesso deposito delle relazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria, e (c) in caso di mancato pagamento delle spese di procedura;

(viii) l'art. 84, comma 4, prevede che nel concordato liquidatorio l'apporto di risorse esterne debba incrementare di almeno il dieci per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può comunque essere inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo dei crediti chirografari.

(58) P.F. Censoni, *Gli effetti del concordato preventivo nei confronti dei creditori dalla legge fallimentare al codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il Caso.it - Blog*, 28 maggio 2019.