



FABIO SANTANGELI

IL PROCEDIMENTO UNITARIO NELLA CRISI DELL'IMPRESA

Il saggio esamina il procedimento unitario di cui al Codice della Crisi di impresa e della insolvenza, premettendo dei cenni sulla situazione esistente ad oggi e prima dell'entrata in vigore del Codice, alla luce degli interventi della Corte di Cassazione, intorno al coordinamento tra fallimento, concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione. Si sofferma, poi, sulle alternative discusse nel corso dell'iter che ha condotto alla approvazione del Codice, nonché - anche con riguardo alla disciplina delle misure cautelari - sulla analisi del sistema emergente dalle neo-introdotte disposizioni, mettendone in luce i principali aspetti critici.

The essay deals with the unified procedure introduced within the Italian new Crisis and Insolvency Code. It recalls the state of the art still existing today prior to the Code, as resulting from some interventions of the Court of Cassation, as to ways to coordinate bankruptcy procedure and composition, as well as restructuring agreements. The article examines the alternatives discussed during the Code's approval path, besides of the new provisions finally introduced, emphasizing -also with reference to interim and conservatory measures- the respective main critical aspects.

Sommario: 1. Un modello ipotetico “realmente unico”. - 2. Lo stato attuale nella legge fallimentare ancora in vigore. - 3. Le diverse soluzioni proposte nell'iter della riforma – dal testo della legge delega alla Codice della crisi. - 4. La versione approvata nel Codice della Crisi ed il ridimensionamento ulteriore della categoria del procedimento unitario. - 5. *Segue*: le norme dedicate al procedimento di primo grado. Unitarietà e necessità di un intervento correttivo. Inesistenza di un procedimento unitario.

1. Un modello ipotetico “realmente unico”

Un procedimento realmente unico ed unitario in materia di crisi dell'impresa è elastico, informale nella trattazione e negli esiti (lo scopo è la salvezza dell'impresa e, ove non sia possibile, la sua liquidazione). Cambiano solo gli elementi richiesti per l'introduzione del procedimento¹.

In altri termini, un modello rivolto a regolamentare in maniera unitaria la crisi dell'impresa senza esclusiva scelta preventiva della soluzione da adottare. Un unico e solo processo, da chiunque iniziato (debitore, creditori, terzi qualificati) ed in cui tutti offrono il proprio contributo.

È una scelta procedurale. Tuttavia, non necessariamente, ma particolarmente compatibile con scelte sostanziali tese alla salvezza delle imprese; ad esempio, ne è evidente la coerenza e

(*) Il presente scritto riprende con alcuni ampliamenti il tema del mio intervento al convegno “*il CCI e i nuovi assetti organizzativi degli uffici*”, tenutosi a Catania il 24 ed il 25 gennaio 2020.

¹ Il debitore deve fornire informazioni analitiche sullo stato dell'impresa, mentre un creditore non è certo onerato a tale livello di specificità.

compatibilità con delle regole sostanziali che, in una situazione di perdita del capitale sociale, consentano non solo al debitore ma anche ai creditori di prospettare soluzioni di salvezza per il tramite di strumenti simili al concordato preventivo, o anche a terzi interessati che potrebbero partecipare ad una proposta di soluzione concordata senza il benessere del debitore (in pratica, come oggi è per il concordato fallimentare, e non per il concordato preventivo).

Elasticità nelle soluzioni nel merito ed elasticità nel procedimento effettivamente vanno assai d'accordo.

2. Lo stato attuale nella legge fallimentare ancora in vigore

Nella legge fallimentare coesistono invece una pluralità di procedimenti analiticamente regolati: il fallimento, il cui processo è descritto dagli art. 15 e ss. l.f., il concordato preventivo, istituito trattato unitariamente agli articoli 160 e ss. l.f. e l'accordo di ristrutturazione, regolato dall'art. 182 bis l.f. (esperibile, come noto, anche convertendo la procedura di concordato con riserva in atto).

Dunque lo stato attuale è quello di una pluralità di procedimenti singolarmente disciplinati, che si chiudono con l'apertura o il diniego della misura richiesta; nel caso di rigetto dell'istanza di ristrutturazione o concordato preventivo, in assenza di apposita istanza da parte degli aventi diritto (debitore, creditore o Pubblico Ministero), il procedimento si arresta, potendo al più dare luogo ad una segnalazione qualificata da parte del Tribunale al Pubblico Ministero. La situazione muta nel caso invece di contemporanea attivazione di procedimenti; dopo una fase di incertezza le Sezioni Unite², che hanno qualificato come di continenza il rapporto tra la domanda di concordato preventivo e la domanda di fallimento, in quanto iniziative processuali non compatibili tra loro, dirette a regolare la stessa situazione di crisi; conseguenza è la

² Cass. S.U. 15 maggio 2015, n.ri 9934, 9935, 9936 in *Fall.*, 2015, 900 ss. con commento di DE SANTIS, *Principio di prevenzione ed abuso della domanda di concordato: molte conferme e qualche novità dalle sezioni unite della corte di cassazione*, nonché PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare dopo le sezioni unite del 2015*, e anche BOCCAGNA, *Fallimento e concordato preventivo: per le Sezioni Unite sovviene la continenza c.d. qualitativa*, in *Corr. Giuridico*, 2015, 1275 a commento delle medesime pronunce.

Da ultimo, si registra un ulteriore intervento della prima sezione della Suprema Corte, v. Cass. civile, sez. I, 20 febbraio 2020, n. 4343, in www.ilcaso.it, che risolvendo la questione ai sensi dell'art. 363 c.p.c. ha ribadito i seguenti principi di diritto: "i) *"La domanda di concordato preventivo ed il procedimento prefallimentare debbono essere coordinati in modo da garantire che la soluzione negoziale della crisi, ove percorribile, sia preferita al fallimento. Pertanto, ove siano contemporaneamente pendenti dinanzi ad uno stesso ufficio giudiziario, gli stessi possono essere riuniti ex art. 273 c.p.c., anche di ufficio, consentendo una siffatta riunione di raggiungere l'obiettivo della gestione coordinata"*; ii) *"Ove la domanda di concordato preventivo ed il procedimento prefallimentare siano pendenti dinanzi ad uffici giudiziari diversi, ferma la regola della continenza ex art. 39 c.p.c., comma 2, è onere del debitore che conosce della pendenza dell'istruttoria prefallimentare, anteriormente introdotta, proporre la domanda di concordato preventivo dinanzi al tribunale investito dell'istanza di fallimento, anche quando lo ritenga incompetente, affinché i due procedimenti confluiscono dinanzi al medesimo tribunale, e senza che una siffatta condotta determini acquiescenza ad una eventuale violazione della L. Fall., art. 9"*; iii) *"Allorquando l'istanza di fallimento sia stata depositata dinanzi ad un ufficio giudiziario diverso da quello innanzi al quale sia già pendente una domanda di concordato preventivo, l'obiettivo della gestione coordinata dei due procedimenti può essere conseguito sollecitando il tribunale successivamente adito all'adozione dei provvedimenti di cui alla L. Fall., art. 39, comma 2, che in ogni caso, in ossequio ai principi generali, e vieppiù nell'ottica di garantire preferibilmente la soluzione negoziale della crisi, debbono essere adottati anche di ufficio"*; iv) *"Ove la domanda di concordato preventivo ed il procedimento prefallimentare siano pendenti dinanzi ad uffici giudiziari diversi, è onere del debitore impugnare, nei limiti in cui ciò sia consentito, tutti i provvedimenti adottati, anche in rito, che possano ostacolare il preliminare esame della domanda di concordato preventivo da lui proposta, atteso che l'eventuale accoglimento del reclamo L. Fall., ex art. 18 contro la sentenza di fallimento, di cui si pretenda l'illegittimità a causa del mancato preventivo esame della domanda concordataria, presuppone che quest'ultima sia ancora sub iudice"*.

necessaria riunione dei procedimenti in applicazione dell'art. 273 c.p.c., qualora pendenti innanzi allo stesso giudice, ovvero con il possibile spostamento della competenza innanzi al giudice del concordato preventivo ex art. 39, comma 2, c.p.c. se i procedimenti pendono davanti a giudici differenti³.

Nel percorso argomentativo dalla Corte di Cassazione, il deposito della domanda di concordato preventivo, anche con riserva, non produce l'effetto di rendere improcedibile la domanda per la dichiarazione di fallimento proposta dal creditore o dal pubblico ministero, non potendosi applicare l'art. 168 l.fall. al procedimento prefallimentare⁴, né è possibile la sospensione, mancando il presupposto della pregiudizialità dipendenza in senso tecnico tra procedimenti; nella ricostruzione della Suprema Corte, il deposito dell'istanza di concordato preventivo in pendenza del procedimento prefallimentare ha piuttosto l'effetto di rappresentare un temporaneo fatto impeditivo alla possibilità di pronunciare la dichiarazione di insolvenza, sino al verificarsi degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 l.fall. (gli stessi contemplati oggi dall'art. 49 del Codice).

Nelle more, pertanto, il procedimento ex art. 15 l.fall. poteva essere istruito e concludersi con un decreto di rigetto, dovendosi intendere in questi termini la previsione dell'art. 161, ultimo comma, l.fall., secondo cui *"fermo quanto disposto dall'art. 22, primo comma, quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento il termine di cui al sesto comma del presente articolo è di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni"*.

Con la trattazione preliminare del tentativo di salvataggio dell'azione, eccettuate ipotesi eccezionali di evidente abuso del diritto, e solo al termine del procedimento ed in presenza di autonoma richiesta si ha dunque la possibilità di esaminare della sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento.

Non tutti i problemi originati dalla compresenza di istanze volte ad affermare la preferenza per soluzioni concordate della crisi e istanze di fallimento sono stati tuttavia definitivamente risolti dagli interventi della Cassazione⁵, restando ad esempio da chiarire il raccordo in fase di

³ In argomento, v. PAGNI, *Codice della crisi e dell'insolvenza: il procedimento unitario*, in *Corr. giuridico* 2019, 10, 1159; Cass., Sez. VI, 15 luglio 2016, n. 14518, ord., in *Rep. Foro it.*, 2016, voce Concordato preventivo, n. 196.

⁴Cass. 11 giugno 2013, n. 14864, in *www.ilcaso.it*, chiarisce nel senso che tra le azioni esecutive colpite dalla sanzione della nullità non possa essere ricompresa l'istanza di fallimento, dal momento che questa dà avvio, piuttosto, ad un giudizio di cognizione che si concluderà con una pronuncia la quale soltanto, se dichiarativa dell'insolvenza, aprirà l'esecuzione concorsuale, v. Trib. Milano 25 marzo 2010, in *Fall.*, 2011, 92, con note di PALUCHOWSKI, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione*, e di ROLFI, *Gli accordi di ristrutturazione: profili processuali e ricadute sostanziali*. In argomento, v. anche PAGNI, *Codice della crisi e dell'insolvenza: il procedimento unitario*, cit., 1160. Secondo FABIANI, *Un chiarimento sui rapporti fra procedimento per dichiarazione di fallimento e per l'ammissione al concordato*, in *Fall.*, 2014, 651-652, *"Non vi è dubbio, infatti, che l'istruttoria fallimentare abbia piuttosto la natura di un processo di cognizione che sfocia in una pronuncia che ha insieme portata costitutiva (perché modifica lo status dell'imprenditore) ed esecutiva (dal momento che apre alla liquidazione concorsuale), e che sia solo, perciò, rispetto a quest'ultima che può immaginarsi l'operatività dell'effetto protettivo prodotto dalla pubblicazione del ricorso per concordato nel registro delle imprese. Senza contare che la ratio della protezione, che è quella di evitare aggressioni individuali al patrimonio dell'imprenditore che possano portare ad una dispersione dei valori in esso contenuti, non è invocabile allo stesso modo con riferimento ad una esecuzione concorsuale, quale è quella del fallimento, dove l'attivo è appreso nell'interesse dell'intera massa creditoria. Nel senso invece che, ferma la diversità degli effetti tra il ricorso per fallimento e la sentenza di fallimento, la norma sulla protezione del patrimonio potrebbe permettere di inibire non tanto una azione esecutiva concorsuale, che ancora non c'è (dal momento che è la sentenza di fallimento il primo atto del processo esecutivo fallimentare), quanto "un effetto esecutivo di una sentenza che non costituisce epilogo di un'azione esecutiva"*.

⁵ Osserva PAGNI, *Codice della crisi e dell'insolvenza: il procedimento unitario*, cit., p. 1160 che *"la giurisprudenza di merito aveva immaginato il sussistere di una pregiudizialità dipendenza "atecnica" tra l'accertamento dello stato di insolvenza e la*

impugnazione quanto agli effetti prodotti dall'accoglimento del reclamo avverso il decreto di omologa o avverso la sentenza di fallimento, con revoca del fallimento, in un caso, e del concordato o dell'accordo di ristrutturazione, nell'altro.

3. Le diverse soluzioni proposte nell'iter della riforma – dal testo della legge delega al Codice della crisi

Lo “*Schema di disegno di legge delega*” del 29 dicembre 2015 elaborato dalla Commissione Rordorf, propone all'art. 2, lett. d) dei principi generali di “*adottare un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore, ispirato al vigente articolo 15 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, caratterizzato da particolare celerità anche in fase di reclamo, introducendo la legittimazione ad agire anche dei soggetti con funzioni di controllo sull'impresa, ammettendo l'iniziativa del pubblico ministero in ogni caso in cui egli abbia notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza, specificando la disciplina delle misure cautelari, con attribuzione della relativa competenza anche alla corte d'appello ed armonizzando il regime delle impugnazioni, con particolare riguardo all'efficacia delle pronunce rese avverso i provvedimenti di apertura della procedura di liquidazione giudiziale, ovvero di omologa del concordato*”

Si traccia dunque l'indicazione per un procedimento unitario, con particolare e commendevole attenzione alla fase delle impugnazioni. Di questa disposizione, all'interno dello schema, la relazione di accompagnamento offre una lettura “decisa”⁶, tracciando l'ipotesi di quello che

previa valutazione negativa sull'esistenza dei presupposti per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione, il ricorrere di una pregiudizialità tecnico-giuridica tra le procedure di concordato e fallimento veniva invece esclusa dalla Corte: di conseguenza, si consentiva che la dichiarazione di fallimento intervenisse durante le fasi di impugnazione dell'esito negativo del concordato preventivo. Il quadro delle impugnazioni nelle procedure di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione veniva ricostruito in una serie di successive pronunce che precisavano come il giudizio di reclamo ex art. 18 l.fall. avrebbe dovuto assorbire l'intera controversia relativa alla crisi dell'impresa, col che la sopravvenuta dichiarazione di fallimento avrebbe reso inammissibili - e se già proposte improcedibili – le impugnazioni autonomamente proponibili contro il decreto di rigetto della domanda di omologazione del concordato o degli accordi e i motivi di impugnazione autonomamente proposti contro il diniego di omologazione avrebbero dovuto essere necessariamente riproposti contro la sentenza di fallimento. Si precisava inoltre che l'impugnazione della sentenza di fallimento avrebbe potuto essere formulata anche con censure rivolte esclusivamente contro la presupposta dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato preventivo”.

⁶ Così la relazione di accompagnamento: “...come meglio poi si dirà, in difetto di soluzioni stragiudiziali, o perché non attivate o perché non concluse positivamente, la crisi o l'insolvenza sono destinate naturalmente a trovare sbocco in ambito giudiziario. Ed è proprio in tale ambito che dovrebbe potersi attuare quell'opera di semplificazione e di chiarificazione della disciplina normativa cui dianzi si è fatto cenno. Mira a questo la prospettata *reductio ad unum* della fase iniziale delle varie procedure esistenti, con la creazione di un unico procedimento di accertamento giudiziale della crisi e dell'insolvenza. Una sorta di contenitore processuale uniforme di tutte le iniziative di carattere giudiziale fondate sulla prospettazione – e miranti alla regolazione – della crisi o dell'insolvenza (ferma la già richiamata distinzione dei due menzionati concetti), siano esse finalizzate alla conservazione o alla liquidazione dell'impresa o del patrimonio del debitore, quali che ne siano la natura (civile, professionale, agricola, commerciale), le dimensioni (piccola, media, grande) e la struttura (persone fisiche, persone giuridiche, gruppi di imprese, cooperative, associazioni, fondazioni, onlus, enti ecclesiastici, società a partecipazione pubblica e società in house), con la sola esclusione degli enti pubblici, fatte salve le eventuali disposizioni speciali riguardanti l'una o l'altra di tali situazioni. Una volta individuata un'unica sede procedimentale, globalmente destinata all'esame delle situazioni di crisi o insolvenza, attraverso strumenti di regolazione conservativa o liquidatoria, diventa naturale che in essa confluiscono tutte le domande ed istanze, anche contrapposte, di creditori, pubblico ministero e debitore, in vista dell'adozione o dell'omologazione, da parte dell'organo giurisdizionale competente, della soluzione più appropriata alle situazioni di crisi o insolvenza accertate, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio su tutte le istanze avanzate. Siffatta impostazione agevola altresì la risoluzione dei problemi di coordinamento tra le molteplici procedure concorsuali attualmente in essere (fase prefallimentare, concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, dichiarazione di insolvenza degli imprenditori commerciali soggetti alle varie forme di amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa, accordi e

si sarebbe potuto assicurare ad un vero procedimento unitario, rivolto all'accertamento ed alla risoluzione della crisi e insolvenza nel suo complesso⁷.

Il procedimento disegnato dalle previsioni della legge delega (almeno nella interpretazione resa dalla relazione di accompagnamento), da chiunque iniziato, rimaneva unico, e chiunque avesse voluto partecipare, e fare in ipotesi anche richieste diverse, avrebbe partecipato a quel procedimento (non si attivano più procedimenti), appunto unico, che si chiude con una sentenza, che può essere automaticamente di liquidazione giudiziale se ne ricorrono i presupposti anche quando la domanda del debitore chiedeva invece ad esempio il concordato. Un procedimento unico dunque, con una unica decisione che poteva condurre automaticamente alla liquidazione giudiziale anche in difetto di espressa richiesta⁸.

La legge delega conferma nel testo adottato quanto previsto nello schema; anche la Relazione di accompagnamento alla legge delega mantiene l'impostazione pregressa, ampliando in parte le considerazioni ivi espresse.

Si passa, dunque, alla redazione della nuova legge. E le versioni proposte per questo procedimento sono state poi diverse anche nei successivi passaggi del testo, sino

liquidazioni dell'imprenditore non assoggettabile a fallimento nonché del debitore civile, accordi, piani e liquidazione del consumatore), con particolare riferimento alla frequente sovrapposizione tra procedura di concordato preventivo e procedimento per la dichiarazione di fallimento, in ordine alla quale si è pronunciata la Corte di cassazione nella sua più autorevole composizione. In linea con tale recente insegnamento giurisprudenziali e con i principi affermati nella Raccomandazione 2014/135/UE e nel Regolamento UE 2015/848, anche in ambito processuale dovrà perciò darsi, finché possibile ed avendo cura di scoraggiare comportamenti strumentali, la prevalenza agli strumenti negoziali di risoluzione della crisi d'impresa e di ristrutturazione rispetto a quelli meramente disgregatori. Il potere d'iniziativa attribuito al pubblico ministero non si discosta significativamente da quello previsto dalla normativa vigente, salvo che per il fatto di poter essere esercitato in ogni caso in cui egli abbia notizia di uno stato d'insolvenza. Sul piano logico, posto che l'attribuzione di tale potere evidentemente risponde ad un'esigenza di tutela di interessi di natura pubblica, mal si giustifica la sua restrizione ai soli casi nei quali la notizia dell'insolvenza pervenga al pubblico ministero attraverso canali determinati. E' apparso coerente contemplare tale potere d'iniziativa anche nell'ambito delle procedure relative all'insolvenza di imprenditori la cui dimensione non ne contemplerebbe oggi il fallimento, ma non quando si tratti di debitori non aventi veste imprenditoriale. Il procedimento sarà suscettibile di diversi possibili esiti, a seconda del tipo di provvedimento richiesto al giudice e dell'accertamento positivo o negativo della sussistenza delle relative condizioni. Appare coerente con questa logica il prevedere che un iniziale percorso concordatario, ove rivelatosi impraticabile, possa convertirsi automaticamente in un esito di tipo liquidatorio (corrispondente all'attuale fallimento), senza necessità di una nuova domanda – e dunque con risparmio di tempi e di costi – poiché l'iniziale domanda di regolazione della crisi sussume in sé tutti i prevedibili esiti del percorso giudiziale. Ovviamente ciò non comporta la reintroduzione in diversa forma della fallibilità d'ufficio, già da tempo espunta dall'ordinamento, che anzi dev'essere espressamente ribadita mediante l'eliminazione dell'unica ipotesi in cui essa è tuttora contemplata dall'art. 3, primo comma, del d.lgs. n. 270 del 1999. L'unicità della procedura destinata alle situazioni di crisi o insolvenza, attraverso strumenti di regolazione conservativa o liquidatoria, si accompagna all'esigenza che le diverse forme di soluzione negoziale della crisi offrano analoghe opportunità al debitore di evitare aggressioni del proprio patrimonio (o comunque dei beni facenti parte dell'impresa) che rischiano di vanificare ogni possibilità di superamento della crisi nel tempo occorrente per mettere a punto la soluzione più adatta. All'eventuale futuro legislatore delegato dovrà essere demandato il compito di armonizzare il regime delle misure cautelari e della loro efficacia, anche nella fase dell'impugnazione."

⁷ In quello descritto dallo schema della delega, l'incipit è diverso, certo, a seconda del soggetto che promuove il procedimento, con differenze chiare sul piano degli oneri processuali: così, nelle previsioni, un creditore (legittimato solo a chiedere la liquidazione giudiziale) non potrà certo dovere depositare tutto quello che si chiede al debitore se è quello invece che decide di iniziare il procedimento.

⁸ Questa soluzione è stata criticata, ravvisandone la scarsa tenuta costituzionale, perché conduce in taluni casi al fallimento d'ufficio, che la Corte costituzionale ha ritenuto non compatibile con le attuali regole, ancorché riterrei che se l'oggetto del procedimento fosse quello della soluzione di una situazione di crisi, e l'oggetto di una azione lo individua l'ordinamento. Allora forse non di fallimento d'ufficio bisogna trattare, ma della migliore soluzione ad una situazione di crisi, e quindi ad una pronuncia che sta all'interno della domanda di chi ha comunque introdotto il procedimento. Certo, una simile soluzione avrebbe invogliato ancor meno il debitore a tentare tempestivamente soluzioni di procedure concorsuali minori, e forse questa contestazione sulle conseguenze pragmatiche del procedimento unitario che conduce ad una versione della legge delega approvata assai più edulcorata

all'approvazione di quello definitivo. I primi due articolati proposti per l'attuazione della delega, conformi sul punto l'uno all'altro, inclinavano (art. 10) ad un procedimento davvero unitario, anche solo nell'ipotesi in cui ad una richiesta ad esempio da parte del creditore della liquidazione giudiziale si poteva aggiungere, in una sorta di domanda riconvenzionale (art. 45)⁹, la richiesta del debitore invece di una soluzione concordata della crisi, all'interno appunto di un procedimento comunque unitario¹⁰; mantengono la automatica apertura del procedimento di liquidazione giudiziale, esistendone i presupposti, quando le soluzioni concorsuali minori non sono accolte¹¹.

Tuttavia, nelle bozze i processi erano regolamentati diversamente a seconda che si fosse chiesta la liquidazione giudiziale, piuttosto che altra procedura concorsuale minore.

All'interno del procedimento unitario le diverse regole sostanziali dettate per il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione erano almeno in parte mantenute, lasciando al solo debitore la possibilità di attivare concordato preventivo e accordi di ristrutturazione.

4. La versione approvata nel Codice della Crisi ed il ridimensionamento ulteriore della categoria del procedimento unitario

Il testo del Codice approvato ha in parte ridimensionato i profili innovativi della riforma sul punto e si occupa della fase del procedimento all'art. 7 ed agli art. 37-53.

L'art. 7 è uno dei quattro articoli di taglio generale che il codice riserva ai principi processuali (ed è norma rivolta anche alle fattispecie del debitore privato insolvente), e richiama ancora

⁹ Come espressamente riferisce la relazione di accompagnamento alla "Prima bozza" presentata il 22 dicembre 2017 ed alla "Seconda bozza" elaborate dalla Commissione Rordorf, di poco antecedente al testo definitivo del Codice.

¹⁰ Il riferimento è al testo del quarto comma dell'art. 45 della "Prima bozza" e della "Seconda bozza" di decreto delegato elaborato dalla Commissione Rordorf il 22/12/2017 "...Il debitore si deve costituire almeno tre giorni prima dell'udienza....deve...a pena di decadenza proporre l'eccezione di incompetenza, nonché l'eventuale domanda di accesso al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti...".

Il testo esitato dalla Commissione prevedeva inoltre l'obbligatoria riunione, anche d'ufficio, di tutte le domande in un unico procedimento, nonché l'espressa preclusione all'apertura della liquidazione giudiziale in caso di domanda di concordato preventivo o omologazione di accordo di ristrutturazione da parte del debitore.

La relazione di accompagnamento evidenzia che "...si raggiunge così l'obiettivo del raccordo tra procedimenti volti alla regolamentazione concordata della crisi e dell'insolvenza e procedimento che conduce all'apertura della liquidazione giudiziale, nel sistema previgente ottenuto attraverso la riunione per continenza o comunque con altre forme di coordinamento organizzativo...".

¹¹ Osserva MONTANARI, *Il cosiddetto procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 565, che "nel disciplinare l'accesso a tali specifiche procedure, la norma non si limitava ad apportare varianti di dettaglio allo schema procedimentale consacrato dal precedente articolo 45, si da salvaguardarne, in ultima analisi, l'unitarietà: quello schema, all'opposto, lo rinnegava. Perché è vero che un esplicito riferimento all'udienza era operato addirittura in apertura della norma, la dove era previsto che i provvedimenti che il tribunale doveva in prima battuta operare sulla domanda del debitore di accedere ad una delle procedure de quibus, proprio all'udienza avrebbero dovuto essere resi. Ma a smentire che si trattasse dello stesso rattaché dello stesso procedimento regolato dal precedente. art. 45 sovveniva il comma 3 del suddetto art. 48, a tenore del quale "i provvedimenti di cui al primo comma [ovverosia quelli di cui s'appena fatta menzione come destinati all'emanazione sullo sfondo dell'udienza] possono essere emessi dal tribunale, verificata la regolarità della domanda, anche senza la convocazione dell'udienza, quando non siano state proposte istanze per l'apertura della liquidazione giudiziale": ciò che inequivocabilmente stava a significare che quello all'apparenza congegnato per l'accesso a tutte le procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, era in realtà un modulo a) preordinato all'avvio della sola liquidazione giudiziale (4) b) e suscettibile di utilizzazione anche ai fini dell'accesso a una procedura di regolazione concordata esclusivamente, di fatto, nell'eventualità di concorso dell'istanza del debitore a ciò diretta con un'istanza di liquidazione giudiziale proposta da taluno dei soggetti all'uopo legittimati, secondo una logica che trova riscontro anche nell'ordinamento ante-riforma, senza bisogno di mobilitare l'altisonante figura del procedimento unitario."

il concetto del procedimento unico, ma nella declinazione dell'articolo ne riduce il contenuto¹².

L'articolo, si occupa, principalmente, delle ipotesi in cui ci siano più domande diverse nei confronti di una unica impresa. E la soluzione adottata, infatti, appare in buona sostanza la trasposizione delle indicazioni che la Suprema Corte ha fornito prima con le Sezioni Unite nel 2015 e poi con i successivi contributi della prima sezione della Suprema Corte¹³.

Nelle ipotesi di proposizione più domande queste vengono riunite, o forse per meglio dire il primo ricorso, quale che sia, per liquidazione giudiziale o concordato preventivo, apre il fascicolo, e il resto si inserisce in quello; ed infatti il riferimento è ad un procedimento unico¹⁴, nell'ambito del quale si dà priorità alla trattazione della proposta di soluzione concordata, se non manifestamente inammissibile e la richiesta non indice di abuso di un diritto; in ogni caso, per come è stata strutturata la norma, non si passa da un procedimento di soluzione concordata alla pronuncia di liquidazione giudiziale d'ufficio, anche in caso di revoca della procedura, se non c'è una domanda espressa, come del resto già indicato all'art. 7 c.c.i. .

La riunione in un unico procedimento, meglio, il confluire di tutte le domande all'interno dell'unico procedimento, fa sì che tutti i soggetti dei diversi giudizi partecipino e possano così contribuire a orientare il tribunale fallimentare, la cui cognizione sarà così arricchita da più contributi.

Nelle ipotesi di più giudizi riuniti, o comunque di diverse domande, si tratta poi di capire concretamente come operare; a mio avviso è l'art. 7 c.c.i. che impone al tribunale di valutare se ci sia abuso a prima vista nelle soluzioni concordate, e solo in tali ipotesi procedere ex art. 41 c.c.i. con l'apertura di una liquidazione giudiziale a carico dell'imprenditore, altrimenti potrà darsi corso all'istruzione del procedimento di concordato preventivo o accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 44 c.c.i. ¹⁵.

Pur se esula dal tema del mio intervento, opero una breve riflessione sull'impatto di un procedimento dove si tratta insieme un ricorso per liquidazione giudiziale e un ricorso per la concessione di una misura concorsuale minore sulle eventuali misure cautelari.

¹² Nel Codice è eliminato qualunque riferimento alla continuità aziendale, anche indiretta, prevista nelle originarie stesure del decreto delegato: nel testo della "Prima bozza" del 22 dicembre 2017 il secondo comma dell'art. 10 imponeva la trattazione prioritaria della domanda diretta "...al superamento della crisi con mantenimento della continuità aziendale, anche in capo a diverso imprenditore..."; il riferimento viene mantenuto anche nella "Seconda bozza". L'art. 7 del Codice, invece, rinuncia al riferimento alla continuità in favore del più generico riferimento alla trattazione prioritaria delle domande contenenti "...strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata..."; ma un eco delle precedenti aspettative residua forse nella Relazione di accompagnamento, che si spinge a toni in parte enfatici probabilmente non in linea con le disposizioni adottate, laddove viene privilegiata la trattazione prioritaria delle "...domande che contemplano il mantenimento della continuità aziendale, anche indiretta...". v. in argomento MONTANARI, op. cit, 568.

¹³ V. retro, nota 2.

¹⁴ Nel testo dell'art. 45 non compare più l'obbligo di riunione dei fascicoli, contenuto nelle prime due versioni del decreto.

¹⁵ MONTANARI, op. cit., 572, in chiave di trattazione unitaria, ritiene diversamente che "là dove sia coinvolta una domanda di apertura della liquidazione giudiziale, sarà secondo le movenze del relativo procedimento che dovrà svolgersi la trattazione cumulativa di quella e delle altre domande nella circostanza proposte. E ciò, per una serie di profili su cui già abbiamo avuto modo di intrattenerci: i tratti di più marcata formalizzazione che quel procedimento caratterizzano; il fatto che tale procedimento raccolga l'eredità, nel senso di assumere le stesse vesti, di quello che, nella precedente versione del codice (risalente alla Bozza Rordorf), era, rectius, era chiamato, nella rubrica dell'art. 45, "procedimento unitario"; il fatto, infine, che il modello che la legge delega additava ai riformatori ai fini della costruzione del procedimento unitario fosse proprio quello del giudizio dichiarativo di fallimento ex art. 15 l.fall."

L'art. 54 distingue tra misure protettive, richieste dall'imprenditore-debitore (art. 54, comma 2 c.c.i.) e misure cautelari che può chiedere il creditore nella fase prefallimentare e nel procedimento di concordato o accordi di ristrutturazione (art. 54, comma 1 c.c.i.).

Tra le misure cautelari espressamente contemplate vi è il sequestro dell'azienda; tuttavia, attesa la sussistenza del rapporto di strumentalità tra la misura ed il provvedimento finale, può sembrare azzardato sostenere che se c'è una richiesta di concordato in continuità il giudice possa sequestrare l'azienda su istanza di un creditore. Detta misura è strumentale alla liquidazione giudiziale (forse anche ad un concordato liquidatorio), meno al concordato in continuità ed agli accordi di ristrutturazione, nei quali l'obiettivo è mantenere l'azienda, talché dovrebbe ritenersi l'inammissibilità della stessa, con la conseguenza di lenire il timore per il debitore di sottoporsi al concordato perché teme di non potere portare avanti il suo progetto di ristrutturazione.

E tuttavia, ogni volta che nel procedimento unico c'è anche una richiesta di un creditore di procedere alla liquidazione giudiziale, il tribunale ha l'onere di rispondere ad eventuali richieste di sequestro.

Semmai occorre rammentare la prudenza perché bloccando il tentativo di recupero si viene a perdere l'occasione del concordato, che proprio l'art. 7 c.c.i. mette al primo posto nelle regole del procedimento unitario.

5. *Segue*: le norme dedicate al procedimento di primo grado. Unitarietà e necessità di un intervento correttivo. Inesistenza di un procedimento unitario

L'affermazione della unitarietà del procedimento, nel codice della crisi di impresa si mantiene più come affermazione di principio che come concreta coniugazione.

Per procedere ad una ricostruzione dei procedimenti vanno distinte le fasi del procedimento di primo grado da quelle delle impugnazioni. Il tema delle impugnazioni tuttavia esula dal mio intervento; ma rilevo che in quella fase del giudizio il procedimento assume effettivamente una veste unitaria e, ferme alcune incertezze interpretative che la lettura della disposizione provoca (e che devono necessariamente essere corrette prima dell'entrata in vigore delle norme del codice), la nuova disciplina segna un passo avanti rispetto all'attuale legge fallimentare.

Con riferimento dunque al primo grado: gli art. 37-53 e ss. c.c.i., nel procedimento, o meglio nei procedimenti di primo grado, mantengono le diverse regole per ciascuna diversa fattispecie; le regole sul procedimento per la dichiarazione di liquidazione giudiziale, per il concordato preventivo, per l'accordo di ristrutturazione.

I procedimenti sono dunque tenuti distinti, a parte alcuni elementi comuni nelle domande introduttive quando proponente è il debitore, e l'organo decisorio, rappresentato pur sempre dal tribunale in versione collegiale¹⁶; I procedimenti per la soluzione della crisi d'impresa e dell'insolvenza rimangono assolutamente differenti.

Non esiste dunque alcun procedimento unitario.

¹⁶ Cfr. CECHELLA, *sub* art. 7, in *Commentario al nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Fabio Santangeli, di prossima pubblicazione, Giuffrè, secondo cui: "...il legislatore non può non riconoscere che una cosa è il rito contenzioso che prelude alla liquidazione, altra cosa è il rito di volontaria giurisdizione, che ispira il procedimento di omologa, ove il contenzioso è un'eventualità. A fronte di questa diversità si deve, tuttavia, dire che nella disciplina del contraddittorio, del diritto alla prova, delle misure di protezione, delle misure cautelari, il legislatore tende ad una disciplina uniforme e unitaria".

Per la liquidazione giudiziale l'art. 41 ricalca l'art. 15 l.f., mentre (con alcune modifiche) gli articoli 44 e 47 sono una parziale trasposizione delle disposizioni di cui agli art. 162-163 l.f.. La struttura topografica del procedimento "unitario", caposaldo del codice della crisi d'impresa (unitamente ad altre scelte non condivisibili) gioca brutti scherzi: a fronte di un obiettivo condivisibile e semplice, tutti i procedimenti tesi alla regolamentazione della crisi e dell'insolvenza di un debitore debbono essere trattate in maniera consapevole e coerente (in presenza di più differenti proposte di soluzione), e bisogna poi facilitare la consecuzione tra le procedure, la scelta del legislatore "impatta" probabilmente su una realtà cocciutamente più complessa. I procedimenti tesi alla liquidazione giudiziale, e quelli tesi alla salvezza del debitore, hanno davvero poco in comune, se si pretendono di mantenere così analitiche e complesse le procedure di salvezza; e la soluzione, per il concordato preventivo passa, per il codice della crisi d'impresa, da un clamoroso spezzettamento della disciplina, talora attraverso la riproposizione di vecchie disposizioni divise in due e riproposte in articoli ricompresi in punti lontani differenti del codice (ad es, art.48 e 112 c.c.i. *versus* art. 180 l.f.), con una serie continua di rimandi, che rendono inutilmente di difficile lettura una procedura che null'altro necessita che di una trattazione normativa davvero semplice, sicura, e "se proprio si vuole", unitaria; laddove un semplice articolo di legge, di taglio generale, potrebbe occuparsi consapevolmente dei fenomeni di continenza, connessione, sospensione, successione, etc. dei vari procedimenti in materia di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Le disposizioni in oggetto, quantomeno rivolte al primo grado, mostrano evidenti difficoltà interpretative ed applicative, e non pochi momenti di oscurità, che mal si confanno ad una disciplina di nuovo conio e peraltro non particolarmente innovativa.

A1) Questa affermazione è verosimilmente troppo severa se riferita alla disciplina della liquidazione giudiziale, al quale intendo riservate alcune brevi considerazioni: l'art. 37 comma 2 , e l'art. 38 c.c.i. ampliano i soggetti cui è affidata la legittimazione attiva per l'introduzione del procedimento (una soluzione naturalmente che può o no condividersi nel merito). Gli art. 39 e 40 c.c.i. determinano cosa debba allegare il debitore, ampliando gli oneri a carico del debitore, data la richiesta della indicazione degli atti di straordinaria amministrazione dell'ultimo quinquennio; viene comprensibilmente specificato, ancora, quando alla pubblicità dell'esistenza del procedimento tramite il registro delle imprese, che questa è riservata esclusivamente ai procedimenti introdotti con richiesta del debitore, onde evitare che una in ipotesi improvida iniziativa di un creditore possa generare un ingiustificato allarme.

Gli art. 41-43 c.c.i., poi, disegnano un rito speciale concorsuale a cognizione piena¹⁷, individuano automatiche attività informative e così *lato sensu* istruttorie ad opera della cancelleria del tribunale¹⁸, e puntualizzano i limiti entro i quali il p.m. può o no chiedere la pronuncia di liquidazione giudiziale in ipotesi di rinuncia dei creditori, così confermando il

¹⁷ Così CECHELLA, op.cit.

¹⁸ Si tratta, oltre che della comunicazione al registro delle imprese dell'iniziativa intrapresa dal debitore, delle notificazioni del decreto di comparizione delle parti a mezzo pec e, vera innovazione, dell'acquisizione d'ufficio a cura della cancelleria mediante collegamento alle banche dati pubbliche, dei documenti indicati dall'art. 367 c.c.i. ovvero, dal Registro delle Imprese, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, la visura storica, gli atti con cui sono state compiute le operazioni straordinarie e in particolare aumento e riduzione di capitale, fusione e scissione, trasferimenti di azienda o di rami di azienda; dall'Agenzia delle Entrate le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti, l'elenco degli atti sottoposti a imposta di registro e i debiti fiscali, indicando partitamente per questi ultimi interessi, sanzioni e gli anni in cui i debiti sono sorti; dall'INPS le informazioni relative alla posizione contributiva.

divieto della pronuncia di fallimento d'ufficio¹⁹. Espressamente legittimano il debitore a difendersi da solo nel procedimento di liquidazione giudiziale (art.40 comma 3 c.c.i)²⁰; ma la soluzione lascia seri dubbi, se non di incostituzionalità, quantomeno sotto un profilo di merito perché sorprende ritenere superflua la figura del difensore nella tutela di un diritto così importante assistito da una valutazione con importanti momenti di tecnicità (e con una pronuncia idonea al giudicato) un giudizio a cognizione piena, anche se in certa misura semplificata²¹.

A2) I momenti di oscurità e le difficoltà applicative sono invece spesso presenti nei procedimenti di soluzione concordata delle crisi di impresa; ciò che poi è particolarmente spiacevole per l'istituto della ristrutturazione dei debiti, le cui modifiche nei profili sostanziali sono invece assai interessanti e rendono lo strumento di più proficua applicazione.

Il codice della crisi offre invero una distinzione assai decisa tra la liquidazione giudiziale e le procedure concorsuali minori, ma lascia non pochi dubbi nella ricostruzione dei procedimenti del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione, che in alcuni articoli potrebbero essere riconducibili, quantomeno essi, ad un procedimento in larga parte unitario²², ma che invece, in altre espressioni, sembrano mantenere decise differenziazioni che rischiano di lasciare incerti e spiazzati gli interpreti nel ricavare la disciplina applicabile; mentre è invece indispensabile adottare soluzioni chiare in un senso o nell'altro. Ed è davvero necessario un correttivo che sciolga almeno una parte dei dubbi che si annidano. Nel quale prima di incidere sulle specifiche incertezze applicative, si dovrà scegliere in maniera chiara se mantenere un procedimento tendenzialmente unitario per le soluzioni concordate della crisi d'impresa, o se dettare analitiche e differenti regole per il concordato preventivo da una parte, e per gli altri procedimenti di ristrutturazione dall'altra, ciò che, a mio avviso, sarebbe di gran lunga più semplice per l'attività dei pratici.

Fabio Santangeli
Ordinario dell'Università degli studi di Catania

¹⁹ Ai sensi dell'art. 43, in caso di rinuncia è fatta salva la legittimazione del P.M. intervenuto in giudizio.

²⁰ Ai sensi dell'art. 9 comma 2 c.c.i, è obbligatorio oggi la espressa previsione normativa della dispensa della difesa tecnica.

²¹ DE SANTIS, *Effetti virtuosi ed aporie sistematiche del processo c.d. unitario per la regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2020, 158, evidenzia che, da un lato, la possibilità di difesa personale stride con la natura non sommaria ed idoneo al giudicato del procedimento e, per altro verso, la necessità di difesa tecnica emerge dai numerosi richiami alla disciplina dell'art. 15 l.f., laddove per la pluralità di atti e prerogative tecniche del procedimento, la difesa tecnica è obbligatoria.

²² Così era in effetti nell'art. 48 della bozza Rordorf.