

LE NUOVE LEGGI CIVILI

# IL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

Commento al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e successive modifiche

*a cura di*

**FABIO SANTANGELI**

## GLI AUTORI

**Cristina Asprella**, Professore associato di Diritto processuale civile nell'Università degli Studi Niccolò Cusano di Roma.

**Margot Bellomo**, Dottore di ricerca, Avvocato.

**Sebastiano Cassaniti**, Magistrato.

**Claudio Cecchella**, Ordinario di Diritto processuale civile, Diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, e-justice dell'Università di Pisa, Avvocato.

**Stefano Conforti**, Professore a contratto di Diritto dell'esecuzione civile nell'Università di Salerno, Avvocato.

**Ulisse Corea**, Professore associato di Diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

**Massimo Cortese**, Avvocato, Docente a contratto in materie giuridiche nell'Università degli Studi di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza.

**Concetto Costa**, Ordinario di Diritto commerciale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania.

**Domenico Dalfino**, Professore ordinario di Diritto processuale civile nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

**Marco De Cristofaro**, Ordinario di Diritto Processuale Civile nell'Università di Padova, Avvocato.

**Francesco De Santis**, Professore ordinario di diritto processuale civile nell'Università di Salerno, Avvocato in Roma.

**Cettina Di Salvo**, Dottore di ricerca, Avvocato in Catania.

**Alessandro Fabbi**, Ricercatore in Diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Catania, Avvocato in Roma.

**Massimo Fabiani**, Ordinario di Diritto commerciale nell'Università del Molise, Avvocato.

**Marco Farina**, Avvocato in Roma.

**Pasqualina Farina**, Professore associato di Diritto della crisi d'impresa e di Diritto processuale civile nell'Università Sapienza di Roma.

**Giuseppe Fichera**, Sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione.

**Giuseppe Galluccio**, Assegnista di ricerca nell'Università di Catania.

**Rosaria Giordano**, Consigliere della Corte di Cassazione e Assistente di studio presso la Corte Costituzionale.

**Mariacarla Giorgetti**, Ordinario di Diritto processuale civile nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.

**Maria Laura Guarnieri**, Ricercatore di Diritto processuale civile nell'Università Magna Grecia di Catanzaro.

**Gabriele Iacono**, Assegnista di ricerca dell'Università degli Studi di Palermo, Avvocato del Foro di Agrigento.

**Luigi Iannicelli**, Ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Salerno, Avvocato.

**Gianpaolo Impagnatiello**, Ordinario di Diritto processuale civile nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia, Avvocato.

**Giovanni Fabio Licata**, Professore associato di Diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania, componente del Consiglio della Camera arbitrale per i contratti pubblici presso l'ANAC.

**Luigi Lombardo**, Presidente di Sezione della Corte Suprema di Cassazione.

**Federico Maida**, Giudice delegato.

**Filadelfio Mancuso**, Professore associato di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Messina.

**Angelo Mangione**, Professore associato di Diritto penale nell'Università Lumsa, sede di Palermo.

**Aurelio Mirone**, Ordinario di diritto commerciale nell'Università di Catania.

**Giulio Nicola Nardo**, Professore associato confermato in Diritto processuale civile, Dipartimento di Scienze aziendali e giuridiche, Università della Calabria.

**Salvatore Nicolosi**, Avvocato in Catania.

**Ilaria Pagni**, Ordinario di Diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Firenze.

**Pierpaolo Parisi**, Avvocato, Dottore di ricerca in Diritto processuale generale ed internazionale.

**Clemente Pecoraro**, Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Salerno.

**Michele Perrino**, Ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Palermo, Avvocato.

**Alessia Pirulli**, Laureata in giurisprudenza e abilitata alla professione forense.

**Franco Randazzo**, Professore ordinario di diritto tributario presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania, Avvocato in Catania.

**Nicola Rascio**, Professore ordinario di diritto processuale civile nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

**Giorgio Romano**, Avvocato in Catania.

**Pierpaolo M. Sanfilippo**, Professore ordinario di Diritto commerciale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania.

**Fabio Santangeli**, Professore ordinario di Diritto processuale civile presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania.

**Marco Spadaro**, Avvocato del Foro di Siracusa.

**Domenico Spagnuolo**, Professore associato di Diritto commerciale nell'Università di Roma Tre.

**Giuseppe Trisorio Liuzzi**, Professore ordinario di Diritto processuale civile dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

**Carla Vasta**, Assegnista di ricerca di Diritto commerciale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania e Professore a contratto presso il Dipartimento di Economia e Impresa della stessa Università.

**Matteo L. Vitali**, Professore associato di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Parma, Dipartimento di Studi Giuridici, Politici e Internazionali.

**Ignazio Zingales**, Professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza.

Termine estratto capitolo

**D.LGS. 12 GENNAIO 2019, N. 14**

**CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA  
IN ATTUAZIONE DELLA LEGGE 19 OTTOBRE 2017, N. 155**

**PARTE PRIMA**  
**CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA**

Termine estratto capitolo

## Sezione II

# PUBBLICAZIONE DELLE INFORMAZIONI ED ECONOMICITÀ DELLE PROCEDURE

### Articolo 5-bis

## Pubblicazione delle informazioni e lista di controllo

#### Commento

di GIORGIO ROMANO

#### 1. La pubblicazione delle informazioni sugli strumenti di emersione e regolazione della crisi

L'art. 5-bis del codice (c.c.i.), nella previsione del legislatore “demandato” dalla direttiva *insolvency*<sup>1</sup>, configura due strumenti diretti a consentire a una platea quanto più ampia possibile una facile e pronta conoscenza degli strumenti di emersione e risoluzione della crisi attraverso il *web*.

Il comma 1 dell'art. 5-bis del codice si rivolge in primo luogo direttamente all'imprenditore alla ricerca di informazioni sugli strumenti di emersione e regolazione della propria crisi, ma anche ad altri soggetti direttamente coinvolti dalla crisi dell'impresa quali appunto i lavoratori e, seppure non direttamente indicati, gli altri *stakeholders* che possano essere danneggiati dalla mancata tempestiva emersione della crisi dell'impresa.

Così, è previsto che nei siti istituzionali del Ministero della Giustizia e del MISE (oggi Ministero dell'Industria e del Made in Italy) siano create apposite sezioni contenenti « informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti per la anticipata emersione della crisi, sugli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e sulle procedure di esdebitazione »; è tuttavia espressamente indicato che le stesse informazioni siano redatte e inserite con caratteristiche di pronto accesso e agevole consultazione, evidentemente a favore l'utente non professionale.

---

<sup>1</sup> La disposizione è stata introdotta nel codice dall'art. 3, comma 2, d.lgs. 17 giugno 2022, n 83, e si colloca tra quelle di diretta applicazione della direttiva *insolvency* nella parte in cui demanda al legislatore nazionale di provvedere affinché i debitori e i rappresentanti dei lavoratori abbiano accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti di allerta precoce disponibili, come pure sulle procedure e alle misure di ristrutturazione e di esdebitazione (paragrafo 3, comma 3 della direttiva).

Un sistema che, è facile immaginare, potrebbe essere costruito come una sorta di sezione FAQ sulle modalità di emersione e risoluzione della crisi, a disposizione dell'utente non esperto al fine di acquisire elementi meramente informativi sugli strumenti predisposti dal codice della crisi per l'impresa.

Al momento della stesura del presente contributo, tuttavia, nessuna indicazione si rinviene nei due siti istituzionali, né si hanno notizie di attività di coordinamento tra il Ministero della Giustizia e il Ministero delle Imprese e del Made in Italy.

## 2. La “lista di controllo” (rinvio)

Il comma 2 della disposizione è invece rivolto sempre in via principale all'imprenditore, ma anche agli utenti specializzati che abbiano capacità di maneggiare elementi di analisi dell'andamento aziendale, dunque ai professionisti che coadiuvano l'imprenditore, e prevede che le sezioni dei siti istituzionali dedicate alla crisi d'impresa procedano alla pubblicazione di una *check list* adeguata alle esigenze delle PMI, al fine di agevolare e indirizzare la redazione dei piani di risanamento<sup>2</sup>.

Pur mancando allo stato le sezioni dedicate nei siti istituzionali, la *check list* è già disponibile, essendo stata definita dal decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia adottato ai sensi dell'art. 3 del d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 ottobre 2021, n. 147 in materia di composizione negoziata.

La *check list* di controllo riporta le indicazioni operative per la redazione del piano che dovrà corredare la richiesta di nomina dell'esperto. Si tratta di una lista di domande elaborate secondo le buone pratiche di redazione dei piani di impresa che dovrebbero consentire, in primo luogo, all'imprenditore la predisposizione di un piano di risanamento affidabile e, in secondo luogo, all'esperto di verificarne la coerenza<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Anche in questo caso, la previsione è diretta emanazione di quanto indicato dalla direttiva *insolvency* e in particolare dal comma 2, all'art. 8 della direttiva stessa, laddove è previsto che « Gli Stati membri rendono disponibile online una lista di controllo particolareggiata per i piani di ristrutturazione, adeguata alle esigenze delle PMI. La lista di controllo include indicazioni pratiche su come deve essere redatto il piano di ristrutturazione a norma del diritto nazionale ».

<sup>3</sup> V. M.L. GUARNIERI, sub *art. 15* in questo commentario, cui si rimanda. Come riferisce il decreto dirigenziale sopra citato « ... le risposte alle domande contenute nella presente check-list costituiscono le indicazioni operative per la redazione del piano. Esse debbono intendersi come recepimento delle migliori pratiche di redazione dei piani d'impresa e non come precetti assoluti... ».

## Articolo 6 Prededucibilità dei crediti

### Commento

di CLEMENTE PECORARO

#### 1. Premessa

L'art. 6 contiene una definizione dei crediti prededucibili. La disposizione non si limita però a riprodurre una elencazione, peraltro neppure esaustiva come confermato dall'*incipit* della norma. Ed infatti, il legislatore ha inteso anche puntualizzare per una serie di crediti, e segnatamente quelli professionali maturati in occasione dell'accesso a soluzioni negoziate della crisi, le condizioni in presenza delle quali poterne riconoscere la qualificazione in termini di prededuzioni.

A monte rispetto all'introduzione delle innovazioni riguardanti l'accertamento di singoli crediti prededucibili si pone l'opzione di vertice promossa dal legislatore di elevare il regime delle prededuzioni tra i principi generali del codice della crisi. Il significato assunto da questa opzione merita di essere rinvenuto ponendo attenzione ad almeno due prospettive.

Si è anzitutto esplicitato che la rilevanza del regime delle prededuzioni non si esaurisce nel contesto del funzionamento della procedura di liquidazione giudiziale.

La collocazione della norma si giustifica altresì in considerazione dell'intenzione di assumere l'esigenza di contenimento delle spese delle procedure concorsuali tra i principi generali dell'impianto della riforma. Il contenuto della disposizione, infatti, si pone in termini di derivazione del principio previsto nell'art. 2, comma 1, lett. *f*), della legge delega n. 155/2017, lì dove è programmato il contenimento dei costi delle procedure concorsuali. L'esigenza è stata posta con speciale riferimento alle spese professionali le quali, soprattutto nelle prassi in cui l'impresa avrà avuto accesso a soluzioni negoziate, hanno talvolta assunto una consistenza tanto significativa da assorbire una parte rilevante dell'attivo o, a monte, ridimensionare l'utilità stessa di accedere a procedure negoziate della crisi.

#### 2. Le condizioni per il riconoscimento della prededuzione

La norma riconoscere la natura prededucibile a crediti che hanno una natura diversa e, anche per questa ragione, l'attribuzione della prerogativa è stata subordinata alla verifica di condizioni di volta in volta differenziate.

Per comodità espositiva, l'elencazione ripresa nel corpo dell'art. 6 potrà essere tripartita nelle seguenti categorie di crediti prededucibili:

— crediti considerati prededucibili *ex se*, precisamente i crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento (art. 6, comma 1, lett. *a*), nonché il compenso degli organi

preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi (art. 6, comma 1, lett. *d*);

— crediti considerati prededucibili al ricorrere di una specifica condizione, precisamente i crediti “legalmente” sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell’esercizio dell’impresa (art. 6, comma 1, lett. *d*), ovvero « crediti di gestione del patrimonio », dovendosi verificare che le obbligazioni saranno state assunte in pendenza della procedura dal curatore — nell’ipotesi di liquidazione giudiziale — o dall’imprenditore — nell’ipotesi di accesso a procedure concordatarie — nel rispetto delle specifiche regole di funzionamento della procedura concorsuale;

— crediti considerati prededucibili al ricorrere di una specifica condizione di “utilità” — l’omologa dell’accordo di ristrutturazione ai sensi della lett. *b*), comma 1, dell’art. 6, e l’apertura della procedura di concordato preventivo ai sensi della lett. *c*), comma 1, dell’art. 6 — e comunque per una percentuale massima prestabilita *ex lege* nel 75% del credito accertato.

### 3. Crediti professionali per l’accesso a soluzioni negoziate della crisi

Gli aspetti di maggiore interesse dell’intervento riformatore hanno riguardato, per l’appunto, l’operatività del regime delle prededuzioni in favore dei crediti maturati dai professionisti per servizi resi allo scopo di accedere ad una soluzione negoziata della crisi e precisamente:

— per l’assistenza nella presentazione di domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione e per la richiesta delle misure protettive;

— per l’assistenza nella presentazione della domanda di concordato preventivo, nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda.

Il riconoscimento della prededuzione in favore del credito maturato dal professionista è subordinato alla verifica di una specifica condizione di utilità riferita all’attività concretamente prestata. Sono noti i contrasti sorti sulla base del previgente testo di legge contenuto nell’art. 111, comma 2, l. fall. e l’alternarsi di diversi orientamenti interpretativi: *i*) taluni inclini a ritenere che la prededuzione in favore del professionista richiedesse la verifica dell’utilità delle prestazioni professionali offerte o, quanto meno, l’ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo; *ii*) altri favorevoli a ritenere che il credito del professionista per assistenza e consulenza finalizzate alla redazione e presentazione di una domanda di concordato preventivo — giacché sorto in funzione della procedura — fosse sicuramente da ricondurre al perimetro delle prededuzioni. E dunque, l’intervento riformatore ha avuto il merito di restituire una maggiore certezza sui criteri per

Termine estratto capitolo

## Sezione III

# PRINCIPI DI CARATTERE PROCESSUALE

### Articolo 7

#### Trattazione unitaria delle domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alle procedure di insolvenza

#### Commento

di CLAUDIO CECHELLA

#### 1. Introduzione al processo unitario di regolazione della crisi: un modello camerale rivisitato

Il diritto concorsuale, per l'urgenza nella tutela dei creditori e nella eliminazione dell'impresa commerciale insolvente o nel suo risanamento, quando possibile, disciplinando il processo ha spesso attinto alle forme camerale-sommarie, con la generalizzazione di un modello che rinvia in maniera più o meno diretta agli artt. 737 ss. c.p.c., ciò sin dall'impianto originario della legge del 1942.

Il richiamo è diventato generalizzato, dopo la riforma del 2006/2007, confermata con il codice del 2019, come nell'edizione del 2022.

La riforma del 2019 ha favorito, tuttavia, la introduzione di un processo unitario (art. 7 c.c.i.: «Le domande dirette alla regolazione della crisi o dell'insolvenza sono trattate in via d'urgenza e in un unico procedimento»), che accerti la fattispecie concorsuale, riscrivendo interamente il rito camerale (art. 40 ss. c.c.i.).

Questo punto di arrivo del legislatore delle riforme non è stato immediato.

A seguito delle novelle del 2006 e 2007, in alcuni casi, il rinvio alle forme del rito camerale voluto dal legislatore è parso certamente fuorviante sul piano del corretto inquadramento degli istituti. Tante sono state, e sono nelle concrete regolamentazioni, le deroghe al modello nominalisticamente richiamato, per un avvicinamento, sino alla sovrapposizione, al rito a cognizione piena (processo per la dichiarazione di fallimento, processo di accertamento dei crediti e dei diritti reali, reclamo avverso gli atti degli organi giurisdizionali, giudizio di omologa dei concordati). Si sono introdotte prescrizioni formali sui contenuti della domanda (v. *infra sub* art. 41), in analogia all'art. 163 c.p.c., e preclusioni all'attività difensiva delle parti; si è regolato lo svol-

gimento di un diritto alla prova della parte attraverso un'istruttoria vera e propria; si sono ammesse misure anticipatorie di natura cautelare.

È noto, al contrario, come il processo camerale, salvo la forma (il ricorso *ex art.* 737 c.p.c.), non prescriva contenuti particolari per l'atto introduttivo, non sia soggetto a preclusioni, non tolleri alternative a sé stesso — e quindi, una tutela anticipatoria di natura cautelare — e avvilisca intensamente l'istruttoria, riducendola a mere "informazioni" (art. 738, comma 3, c.p.c.).

Al di là del *nomen*, la prima riforma ha proposto, dunque, un processo a cognizione piena (e non sommario), pur svolto in deroga alle regole comuni, ovvero attraverso forme di un (ennesimo) rito speciale. In concreto, un nuovo processo ordinario con rito speciale (il rito concorsuale).

Nello stesso contesto normativo, dovuto si ripete alla prima riforma degli anni 2006/2007, tuttavia, il modello camerale "ibrido" si è scomposto a sua volta in riti diversificati: il rito del processo per la dichiarazione di fallimento è diverso dal rito del processo per l'accertamento dei crediti o dei diritti reali o, ancora, dal rito del reclamo avverso gli atti degli organi giurisdizionali o, infine, dal rito dell'ammissione/omologa del concordato. È stata adottata, con una ragione difficilmente comprensibile, una diversificazione di regole nello stesso contesto, sino a escludere l'uso dello stesso rito nel passaggio tra primo e secondo grado.

A tale assetto, ha opportunamente reagito la riforma del 2019 — questo il punto di arrivo — offrendo negli artt. 37 ss. un procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, costruito — lo si deve dire — sul modello originario del processo per la dichiarazione di fallimento, i cui sbocchi finali, con effetti costitutivi della sentenza che conclude il procedimento, sono, previo accertamento della fattispecie concorsuale, la matrice della applicazione del diritto speciale, che può variare dalla liquidazione giudiziale o controllata alle soluzioni negoziali, quali il concordato preventivo o il concordato minore.

Ovviamente, per la diversa natura degli esiti, quello contenzioso della liquidazione giudiziale oppure quello di volontaria giurisdizione degli accordi o del concordato, si tratta di un contenitore unico al cui interno possono avere sviluppo inevitabilmente, come rami di un unico tronco, esiti diversificati, ognuno con le proprie regole.

Peraltro, con conferma in occasione della riforma del 2019, il richiamo al modello camerale avviene in alcuni casi anche senza deroga o modificazione normativa alcuna al modello richiamato (i processi che derivano dal fallimento *ex art.* 24, l. fall., nella prima edizione della riforma 2006, oggi il reclamo avverso l'atto di trascrizione della sentenza destinata a privare di effetti gli atti a titolo gratuito *ex art.* 163, comma 2, c.c.i.; i reclami avverso gli atti degli organi di amministrazione della procedura, artt. 133 e 141 c.c.i.; i procedimenti per la ripartizione del ricavato dalla liquidazione, art. 220 c.c.i., di chiusura della liquidazione giudiziale, art. 235 c.c.i., ed esdebitazione, art. 281 c.c.i.; i processi di rendiconto, art. 213 c.c.i.).

Nel presente commento, trattiamo, in occasione dell'esame dell'art. 7, il processo unitario di regolazione della crisi e dell'insolvenza, nelle sue forme

camerali “ibride”, come espressione di un rito speciale concorsuale a cognizione piena offerto alla regolazione della crisi e dell’insolvenza.

## 2. Le ragioni dell’adozione del modello camerale nella legge del 1942

La ragione del richiamo alla categoria del rito camerale è da cogliere nelle peculiarità della materia, pervasa di interessi generali e non solo singolari, particolarmente nell’impostazione pubblicistica di cui respira l’impianto originario della legge del 1942, secondo il modello prediletto durante il ventennio, assecondato da un processo poco regolato e fortemente abbandonato alla discrezionalità del giudice, all’interno del quale questi potesse esercitare poteri e prerogative, senza i limiti imposti da un processo dispositivo.

All’impostazione pubblicistica, si aggiunge poi — per l’esigenza economica della urgente soppressione dell’impresa minore e il collocamento di quella di grandi dimensioni — un’insopprimibile necessità di anticipazione della tutela verso misure immediate, strutturalmente connaturata alla tutela di merito.

Il modello a cui ha, pertanto, attinto il legislatore del 1942, sulla suggestione di tali *rationes*, è quello camerale, nel quale il merito è per definizione anticipato nella struttura sommaria della cognizione e dove la mancanza di regole consente un’espansione pressoché illimitata dei poteri dell’Ufficio.

L’*incipit* nel laconico originario testo dell’art. 15 l. fall., con la previsione dell’audizione solo eventuale dell’imprenditore in camera di consiglio, agli effetti della dichiarazione di fallimento, ne costituisce il prototipo più evidente.

A tale modello rinviava la disciplina previgente dei reclami e di numerosi incidenti di cognizione nel corso della procedura fallimentare.

La specialità si era poi espressa anche in un modello alternativo, ma egualmente in grado di offrire una tutela anticipatoria, quale è quello sommario-monitorio.

Sulla tipica struttura della fase a cognizione sommaria, che si conclude con un provvedimento idoneo al giudicato, a cui può seguire una fase a cognizione piena introdotta mediante opposizione (il modello del decreto ingiuntivo non poteva non essere più evidente), era ispirato il procedimento per la dichiarazione di fallimento<sup>1</sup> e l’accertamento del passivo<sup>2</sup>.

Già il legislatore del 1942, in un “ambiente” ancora privo di una Costituzione rigida e delle sue garanzie, aveva, in questa diversa prospettiva, schiuso le porte della cognizione piena ordinaria alla tutela dei diritti, con il pieno dispiegamento delle garanzie del diritto di difesa e del contraddittorio, poiché nello speciale procedimento dovevano essere conosciuti diritti di credito e diritti reali (mobiliari) e non semplicemente amministrati interessi.

<sup>1</sup> Cfr. G.U. TEDESCHI, *Il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, Padova, 1962, 62 ss.

<sup>2</sup> Cfr. G. PELLEGRINO, *L’accertamento del passivo*, Padova, 2006, *passim*; G. SCARSELLI, *L’accertamento sommario del passivo fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1991, *passim*; L. LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1979, *passim*.

Quel modello, nel dilagare del rinvio al processo camerale che contraddistingue la riforma, è stato oggi abbandonato, anche se aveva dato buona prova di sé, sensibilizzando l'opponente sulla serietà di una cognizione di merito mediante opposizione, che conducesse a risultati diversi rispetto al provvedimento sommario.

Il processo per la dichiarazione di fallimento in senso stretto costituiva significativamente l'unione dei due modelli.

Ispirato al rito camerale nella prima fase sommaria (art. 15 l. fall.), con l'unica variante della forma della sentenza finale in caso di accoglimento (il rigetto nelle forme del decreto si manteneva ben saldo nel solco del rito camerale, art. 22 l. fall.), vedeva la seconda fase modellata sull'esperienza del rito monitorio. Attraverso un'istanza di opposizione, poneva il procedimento nell'alveo di un processo a cognizione piena di primo grado (e la introduzione con la tecnica della citazione non affannava neppure l'interprete sull'applicazione delle regole del rito ordinario, con le sue preclusioni in coincidenza con gli atti introduttivi e l'udienza di trattazione <sup>3</sup>), che si concludeva con una sentenza poi appellabile (art. 18 l. fall.).

### 3. Il problema della costituzionalità del modello camerale

Il modello bifasico, fase sommaria-fase ordinaria, delle origini proponeva alle parti una disciplina compiuta alternativa al rito camerale (processo per la dichiarazione di fallimento; accertamento del passivo): in ogni caso era contemplata l'alternativa di una cognizione piena, introdotta mediante l'opposizione.

Tuttavia, l'ordinamento fallimentare, per ogni diverso episodio, proponeva il modello camerale puro — ovvero regolato dalle poche scarse regole degli artt. 737 ss. c.p.c. — con qualche modifica peggiorativa, laddove il contraddittorio non era sempre assicurato, ma lasciato alla discrezionalità del giudice (art. 15 l. fall., tenore previgente) e senza una fase a cognizione piena. Senza poi dimenticare l'illimitata discrezionalità del giudice sulle forme del processo, particolarmente in relazione al diritto alla prova della parte e allo svolgimento di un'istruttoria.

L'opzione è apparsa in tutta la sua insanabile contraddizione quando, con l'entrata in vigore della Costituzione del 1948, in relazione a controversie che avevano ad oggetto diritti soggettivi, la disciplina si è dimostrata incoerente a principi come il diritto di agire in giudizio e il diritto di difesa (art. 24 Cost.) oppure il diritto di contraddire, e la riserva di legge nella disciplina dei processi contenziosi (art. 111 Cost., quest'ultimo, invero, dopo la riforma costituzionale del 1999, con l. cost. n. 2/1999).

L'ambito ove aveva modo di espandersi in tutte le sue contraddizioni il rito camerale, era quello relativo alle contestazioni che chiunque, sul modello dell'opposizione agli atti esecutivi (art. 609 c.p.c.), poteva proporre in ogni ordine alla legittimità

Termine estratto capitolo

## Sezione IV

# GIURISDIZIONE INTERNAZIONALE

### Articolo 11

#### Attribuzione della giurisdizione

#### Commento

di ALESSANDRO FABBI

L'art. 11 del codice tratta della attribuzione della giurisdizione, come ovvio al giudice italiano e in tale ottica di necessità esclusiva: quale presupposto processuale in ordine a procedure e strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza, con dizione ampliata ed atta a ricomprendere ogni strumento oggi disciplinato dal codice: ciò a seguito dell'intervento correttivo, a tal fine anche sul testo dell'articolo in commento, del d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83.

Storicamente, è noto che « il problema dei rapporti fra giurisdizione e procedimento fallimentare è stato impostato sull'alternativa fra la territorialità o l'universalità del fallimento... sulla questione dell'individuazione del momento di collegamento fra la giurisdizione italiana e il fallimento, e in particolare sulla determinazione delle condizioni minime affinché questi ultimi possano aprirsi in Italia »<sup>1</sup>.

È parimenti noto, poi, come i principi di territorialità ed universalità<sup>2</sup> abbiano subito significative deroghe nel tempo<sup>3</sup>: prendendo le mosse dalla autarchica posizione del legislatore italiano che attraeva alla propria giurisdizione il fallimento finanche di imprese con sede all'estero<sup>4</sup>, sino al loro deciso affievolimento, specie

<sup>1</sup> A. BONSIGNORI, voce *Fallimento*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, V, Torino, 1990, spec. § 10.

<sup>2</sup> Sui principi denominati di globalità e universalità, v. pure A. TEDOLDI, *Crisi insolvenza sovraindebitamento*, Pisa, 2022, 50 ss.

<sup>3</sup> Sull'*excursus* storico, per tutti: V. COLESANTI, *Unità e universalità del fallimento, Les problèmes internationaux de la faillite et le Marché Commun*, Padova, 1971, *passim* ed in via di premessa sulla rilevanza dei principi summenzionati, 7 ss.; L. DANIELE, *Il fallimento del diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987, spec. 233 ss., nonché A. JORIO, voce *Fallimento nel diritto comunitario*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, V, Torino, 1990, 447 ss.

<sup>4</sup> C. CECHELLA, *Il diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 111, rammentando come, in linea con l'impostazione del codice di rito civile, il legislatore italiano anche nella materia *de qua* considerasse in principio irrilevante la litispendenza estera, sino al successivo approdo degli artt. 7, per la litispendenza, e 64, per il riconoscimento dei provvedimenti stranieri, l. n. 218/1995.

per l'effetto della normativa europea, il regolamento n. 1346/2000<sup>5</sup> e, da ultimo, la sua “rifusione”, c.d. *recast*, di cui al regolamento n. 848/2015<sup>6</sup>.

Quando il foro italiano legittimamente attrae a sé una procedura di regolazione che presenti un qualche elemento di estraneità e di contatto con stati diversi dall'Italia (e da quelli membri dell'Unione): è questo il problema affrontato dalla norma, che si riferisce quindi al riparto tra giudici di diversi ordinamenti (al fondo, in mancanza, dando luogo ad un difetto di tipo assoluto nel significato dell'art. 37 c.p.c.) e la quale si pone in rapporto di principio generale rispetto alla ulteriore regola in materia dettata dal successivo art. 26 del codice (sul rapporto v. anche *infra*).

L'articolo in commento è infatti collocato nel titolo I, capo II del codice, tra i principi generali destinati ad ispirare la materia, segnatamente tra quelli di portata processuale<sup>7</sup>.

Come anticipato e come leggesi nel testo, si fissa una ben precisa regola di *conflict of laws*, collocando nell'alveo della giurisdizione italiana — con adozione quindi di un approccio strettamente territoriale, e con innovazione di sicuro rilievo per gli addetti del settore<sup>8</sup> — la procedura avviata circa il debitore che abbia sul territorio italiano “il centro degli interessi principali”, *centre of main interests*<sup>9</sup>, c.d. COMI, ovvero una dipendenza/sede secondaria<sup>10</sup>: ambedue i criteri essendo volti a valorizzare l'apparenza e la riconoscibilità del *proper forum* da parte dei terzi<sup>11</sup>.

Si attua in tal modo il criterio direttivo della legge delega n. 155/2017, che peraltro, ad esser precisi, indicava di adottare tale nozione come criterio di radicamento della competenza territoriale (come in effetti fatto con l'art. 27 del

<sup>5</sup> In dottrina, L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 676 ss. e I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, Torino, 2007.

<sup>6</sup> A. LEANDRO, *Le procedure concorsuali transfrontaliere*, in A. JORIO, B. SASSANI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, III, *Il fallimento*, Milano, Giuffrè, 2016, 739 ss., nonché Z. CRESPI REGHIZZI, *La disciplina della giurisdizione in materia di insolvenza: il Reg. UE n. 2015/848*, in *Giur. it.*, 2018, 256 ss.

<sup>7</sup> C. CECHELLA, *Il diritto*, cit., 110. V. anche A. TEDOLDI, *Crisi*, cit., 62 ss.

<sup>8</sup> L. BOGGIO, *L'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in G. BONFANTE (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Giur. it.*, 2019, 1946 ss., 1955, favorevole circa la novità, notando l'importanza data nella l. delega ai fattori internazionali. V. anche M. GIORGETTI, *Commento all'art. 11*, in Id. (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*, Pisa, 2019, 15, che rammenta trattarsi della nozione di competenza territoriale “prevalente” in ambito comunitario.

<sup>9</sup> Ricavabile, oltre che dal regolamento n. 848/2015, anche dalla *UNCITRAL Model law on cross border insolvency*, adottata con risoluzione n. 52/58 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, in data 15 dicembre 1997 (v. sin dalla nozione di cui all'art. 2, lett. b) ed altrove).

<sup>10</sup> Secondo G. BONFANTE, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, 1947 ss., in Id. (a cura di), *Codice della crisi*, cit., 1943 ss., con i nuovi artt. 11 e 26 in tema di giurisdizione, senza null'altro argomentare, si sarebbe accolta solo parzialmente la nozione di COMI elaborata dal diritto internazionale.

<sup>11</sup> M. GIORGETTI, *Commento*, cit., 15.

codice), essendo essa stata adoperata dal legislatore delegato, in via estensiva, anche per regolare la giurisdizione internazionale del giudice italiano<sup>12</sup>: come detto, per i soli casi non regolati dalla normativa europea in materia di procedure di insolvenza<sup>13</sup> e per cui non risultino trattati internazionali bilaterali ratificati dall'Italia<sup>14</sup> (in ambedue le ipotesi, infatti, la normativa sovranazionale prevale su base di diretta applicazione e invero senza nemmeno bisogno di riserva).

In altri termini, la disciplina di conflitto di cui alla presente norma (e in larga parte al successivo art. 26) riguarda i rapporti con giudici di stati terzi rispetto all'UE, dato l'ambito di applicazione solo intra-europeo del già citato regolamento n. 848/2015 (cfr. la definizione di "giudice" di cui all'art. 2, n. 6 ecc.), e sempre che non esistano trattati di cooperazione ratificati dall'Italia.

Si tratta peraltro di un coordinamento tra norme piuttosto lineare, atteso che il regolamento, nella rifusione ad oggi vigente, concerne tendenzialmente l'intero ambito di applicazione soggettivo del codice (inclusi il debitore civile, il piccolo imprenditore ecc.<sup>15</sup>), ed è così idoneo a racchiudere tutte le procedure ivi regolate, che — si rammenta — ai sensi dello stesso non solo sono allocate tra giudici degli stati membri, ma, in caso di *parallel proceedings*, sono anche soggette a misure di coordinamento<sup>16</sup>.

Volgendo in maggior dettaglio alla interpretazione della norma, si è affermato che la trasposizione in chiave domestica di una nozione (quella del COMI) di genesi europea, opportuna in termini di uniformità e coordinamento, importerà che ad essa si attribuisca il medesimo significato concreto già in uso in quel contesto eurounitario<sup>17</sup>. Ciò significherebbe che, di là della adozione del criterio del c.d. *centre of main interests*, ad esso si darà il significato di cui all'art. 3, comma 1, regolamento n. 848: ossia « il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi », che è già esattamente la definizione di COMI inserita all'art. 2, comma 1, lett. *m*) del codice. Il legislatore

---

<sup>12</sup> La ragione di tale scelta, come spiegato pure nella relazione illustrativa, fa leva sul previgente testo dell'art. 9 l. fall., che, come noto, pur formalmente riferito alla competenza, si riteneva relativo anche alla giurisdizione.

<sup>13</sup> M. MONTANARI, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: profili generali e processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 270 ss., spec. 300.

<sup>14</sup> C. CECHELLA, *Il diritto*, cit., 112-113 menziona un trattato tra Italia e San Marino.

<sup>15</sup> In arg., cfr. L. BOGGIO, *Confini ed implicazioni dell'ambito di applicazione delle nuove regole UE*, in *Giur. it.*, 2018, 226 ss. e spec. 231-232. Ricorda A. TEDOLDI, *Crisi*, cit., 78, come rientranti nel reg. 848/2015 tutte le procedure disciplinate dal codice salve le esclusioni soggettive. Giusta l'art. 1 par. 2 reg., ne risultano escluse le imprese assicuratrici, gli enti creditizi, le imprese d'investimento e gli organismi d'investimento collettivo.

<sup>16</sup> Nei rapporti con stati terzi, resta dunque rimesso a norma extra-codicistica, e in specie alla l. n. 218/1995, il riconoscimento di provvedimenti stranieri di fallimento o accesso ad altre procedure (cfr. art. 64, mentre nel contesto europeo il riconoscimento è come si sa automatico), mentre difettano norme di coordinamento ulteriore, di procedimenti paralleli: conf. C. CECHELLA, *Il diritto*, cit., 112.

<sup>17</sup> L. BOGGIO, *L'accesso*, cit., 955, che sostiene l'idea di una interpretazione "non domestica" (v. anche nota 38); conf., nei limiti di cui alla successiva nota 19, M. MONTANARI, *Il codice*, cit., 301.

italiano, tuttavia, non ha fissato alcun'altra definizione, sicché l'aspetto in esame non è privo di risvolti problematici.

Manca una definizione di dipendenza sicché, nel ridetto ordine di idee, essa potrà intendersi come « qualsiasi luogo di operazioni in cui un debitore esercita o ha esercitato nel periodo di tre mesi anteriori alla richiesta di apertura della procedura principale di insolvenza, in maniera non transitoria, un'attività economica con mezzi umani e con beni », alla stregua di quanto precisato dall'art. 2, n. 10, regolamento n. 848<sup>18</sup>. Il richiamo, precisiamo subito, ha qui però valenza solo statica e sul piano definitorio, *ergo* al solo fine della attrazione a sé della giurisdizione da parte del giudice italiano, senza il rilievo che il concetto di dipendenza assume, nel contesto euro-regolamentare, per distinguere procedure principali e secondarie ed assicurarne poi il coordinamento.

Si è poi opinato, estremizzando in modo per noi non condivisibile la tesi sopra riportata, che nell'applicazione concreta delle nuove nozioni del codice, come si dirà pure a commento dell'art. 26, dovrebbe ritenersi soccorrano all'interprete tutte le ulteriori previsioni di cui al regolamento: come per esempio le presunzioni di cui al rispettivo art. 3 — in quella sede di natura relativa — circa la nozione del COMI nei diversi casi<sup>19</sup>; così pure le norme sulla anticipazione fittizia, volta ad impedire il *forum shopping*, del momento determinante della giurisdizione. Addirittura, si è in sequenza sostenuto che il giudice italiano — nell'applicare tali concetti — dovrebbe rivolgersi, in caso di dubbi, alla Corte di Giustizia<sup>20</sup>.

Rinviano per l'analisi specifica di tali proposte al commento *sub* art. 26, va sin da ora chiarito che, se pare condivisibile, in caso di lacune, adoperare nella futura interpretazione delle nuove nozioni del codice concetti e metodi interpretativi enucleati nel contesto di provenienza (come per esempio più sopra, circa la mancante definizione di “dipendenza”), non è invece ammessa una integrazione di norme senza preciso fondamento, né tantomeno è prospettabile ruolo o potere alcuno per la Corte di Giustizia, per l'ovvio ed insuperabile limite per cui, *ex* art. 267 TFUE, è legittimato al rinvio il giudice nazionale che della questione sollevata sostanzialmente la rilevanza, mentre come visto in premessa non è mai di per sé rilevante la questione, del tutto domestica poiché relativa a rapporti con stati terzi, ed estranea al diritto unionale, suscitata dagli artt. 11 e 26 del codice.

Il comma 2 della disposizione in commento precisa, in modo piuttosto superfluo, che contro qualsivoglia “provvedimento di accesso” alle procedure è ammessa impugnazione per difetto di giurisdizione da chiunque vi abbia interesse

<sup>18</sup> Su cui, in giurisprudenza, C. Giust. UE, 20 ottobre 2011, C-396/09, *Interedil*.

<sup>19</sup> La tesi sembrerebbe sostenuta, almeno con riguardo al carattere relativo delle presunzioni, da M. MONTANARI, *Il codice di crisi d'impresa e dell'insolvenza*, come da nota che segue, da L. BOGGIO, *L'impresa di crisi*, 953 ss.

## Titolo II

# COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI, PIATTAFORMA UNICA NAZIONALE, CONCORDATO SEMPLIFICATO E SEGNALAZIONI PER LA ANTICIPATA EMERSIONE DELLA CRISI

## Capo I

### COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI

#### Articolo 12

#### Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa

#### Commento

di ULISSE COREA

#### 1. La “prima versione” del codice: gli strumenti di allerta e il procedimento di “composizione assistita” della crisi

Al momento della pubblicazione della prima versione del codice della crisi, era opinione generalmente condivisa che i perni della riforma fossero l'introduzione degli strumenti di allerta, volti a far emergere tempestivamente la crisi, e la connessa (ma distinta) previsione del procedimento di composizione assistita della crisi, teso ad agevolare lo svolgimento di trattative tra il debitore e i creditori, nella prospettiva ultima del superamento della crisi e della conservazione dell'impresa<sup>1</sup>. Si trattava, in entrambi i casi, di strumenti « di natura non giudiziale e confidenziale » (art. 4, comma 1, legge delega), che segnavano uno stravolgimento del sistema attuale finanche da un punto di vista ideologico, con la definitiva perdita di centralità del fallimento (riconvertito in liquidazione giudiziale) a vantaggio delle altre procedure di regolazione della crisi d'impresa e dell'insolvenza e il dichiarato obiettivo di intercettare anticipatamente l'emersione della crisi (*early warning*) per consentire la più efficace ripartenza dell'impresa (*fresh start*).

---

<sup>1</sup> Si era, peraltro, notato come né le procedure di allerta né quelle di composizione della crisi fossero annoverate tra i principi generali della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155: M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Fall.*, 2016, 1032.

L'obiettivo del legislatore, coerente rispetto alla disciplina europea, era quello di garantire la possibilità di continuazione dell'impresa che fronteggi una situazione di crisi, purché precocemente intercettata, anche mediante cambiamenti operativi ovvero modifiche nella struttura delle attività o passività; lasciando che le imprese prive di prospettive di sopravvivenza venissero liquidate il più presto possibile, onde scongiurare il rischio di un incremento delle perdite in danno dei creditori e dell'economia nel suo complesso <sup>2</sup>.

Alla base, vi era la consapevolezza del fatto che l'insolvenza non può essere più considerata una situazione isolata e patologica dell'attività d'impresa. Essa costituisce piuttosto una naturale manifestazione del rischio d'impresa, non già da "curare" in funzione della sua espunzione dal mercato, quale sanzione verso l'imprenditore, ma da prevenire e superare prima che giunga al suo stadio di irreversibilità. Ciò, non soltanto nell'interesse dell'imprenditore, ma anche di quello prevalente dei creditori, sul rilievo, supportato da dati statistici della Commissione europea, che la loro tutela si è rivelata maggiore in quegli ordinamenti in cui sono previste procedure finalizzate al risanamento anziché alla liquidazione.

Si scontravano, tuttavia, sul punto due diversi approcci: quello tradizionale e fin qui prevalente, volto a respingere i reiterati tentativi di introdurre un sistema di prevenzione e di allerta; e quello opposto, sposato dal legislatore della riforma, più sensibile all'esigenza di riscrivere le regole attraverso una netta soluzione di continuità con il passato, in ciò sospinto anche dalla disciplina europea <sup>3</sup>. Se, infatti, non vi era discordia sulla necessità di un tempestivo rilievo della crisi rispetto alla disciplina previgente <sup>4</sup>, l'opportunità di affidarsi a sistemi o procedure di allerta ha

---

<sup>2</sup> Si veda in tal senso la direttiva 2019/1023 del Parlamento e del Consiglio europeo del 20 giugno 2019 in materia di "quadri di ristrutturazione preventiva" (e altro), considerando (2) e (3), che ha avuto un lungo percorso gestazionale, in parallelo con il codice della crisi. L'obiettivo è scolpito nell'art. 2 della legge delega, alla lett. g), ove si prevede di « dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore, purché funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e purché la valutazione di convenienza sia illustrata nel piano, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'adeguata soluzione alternativa ».

<sup>3</sup> La stessa legge delega invitava il Governo a tenere conto « della normativa dell'Unione europea e in particolare del regolamento (UE) n. 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, della raccomandazione 2014/135/UE della Commissione, del 12 marzo 2014, nonché dei principi della *model law* elaborati in materia di insolvenza dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL) » (art. 1, comma 2). È poi intervenuta, come noto, la nuova direttiva 2019/1023 del Parlamento e del Consiglio europeo in materia di quadri di ristrutturazione preventiva, che modifica la direttiva UE 2017/1132, recepita con il d.lgs. n. 83/2022.

<sup>4</sup> Costituisce opinione comune, suffragata dai dati dell'esperienza, che le procedure concorsuali di tipo volontaristico, come i concordati preventivi e gli accordi di ristrutturazione, non abbiano dato i frutti sperati, essendo relativamente modesti gli esempi di utilizzo virtuoso di tali strumenti, sovente intrapresi quando ormai la situazione di insolvenza era conclamata e nessuna possibilità di risanamento risultava praticabile: cfr. M. FERRO, A. RUGGIERO, A. DI CARLO, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012. Diversi i fattori che hanno

suscitato da sempre una non celata diffidenza, quando non una aperta e motivata contrarietà. Questo diverso approccio, spesso tacciato di essere retrogrado <sup>5</sup>, rifletteva, tuttavia, non soltanto il timore diffuso che l'emersione all'esterno di una situazione di difficoltà dell'impresa (a dispetto delle declamate esigenze di riservatezza e confidenzialità) possa rischiare di acuire la crisi, trascinandola in una spirale negativa ben più grave, ma anche una diversa concezione della funzione delle procedure concorsuali, nella misura in cui si riteneva che ampliare l'area della coazione dell'imprenditore non ancora insolvente, sotto l'impulso di altri soggetti, finisse per snaturarne gli scopi <sup>6</sup>. Non risultavano alieni a tali posizioni dubbi di legittimità costituzionale: il sospetto dell'illegittimità si addensava attorno all'idea di un intervento di tipo pubblicistico in grado di condizionare l'attività e le scelte dell'imprenditore in un momento in cui questi non avesse ancora raggiunto la soglia dell'irreversibile insolvenza (anche con precipuo riferimento alla scelta delle modalità con cui fronteggiare la crisi) e, dunque, l'interesse dei creditori non fosse ancora tale da prevalere su quello del debitore, giustificandone l'esproprio « delle prerogative e dei diritti » <sup>7</sup>. D'altra parte, i valori costituzionali venivano branditi pure da chi, all'opposto, sosteneva che l'attività imprenditoriale trovi un limite nell'utilità sociale, che giustificerebbe interventi volti a tutelare l'interesse collettivo a fronte di una gestione non "etica" della stessa <sup>8</sup>.

Successivamente all'approvazione del codice da parte del d.lgs. n. 14/2019, piuttosto che su una base ideologica, il dibattito si sarebbe correttamente orientato sul merito delle soluzioni individuate. Alla base dei vari rinvii dell'entrata in vigore degli strumenti di allerta originariamente introdotti vi era, infatti, la constatazione per cui quel sistema era stato pensato in relazione a un quadro economico stabile e con oscillazioni fisiologiche, mentre nella sopravvenuta situazione di crisi globale, gli stessi indicatori su cui si basava l'allerta "prima maniera" non avrebbero potuto

---

determinato questo "fallimento", non ultimo la tendenziale coincidenza nelle imprese italiane tra la proprietà e la gestione, che rende restio l'imprenditore a riconoscere l'insolvenza e a ricorrere a una procedura concorsuale (spesso attivata quando ormai è troppo tardi). D'altra parte, all'introduzione dei sistemi di allerta fa da *pendant* nel nuovo codice il ridimensionamento del concordato e una netta limitazione dell'autonomia delle parti nella regolazione della crisi, estesa alla fase di prevenzione: cfr. A. JORIO, *Orizzonti prevedibili e orizzonti improbabili del diritto concorsuale*, in S. AMBROSINI (diretta da), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, Bologna, 2017, 28 ss.

<sup>5</sup> G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Fall.*, 2016, 386.

<sup>6</sup> M. SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, 1100 ss.; Id., *Sub art. 160*, in A. NIGRO, M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, 2006, 981 ss. Vi è, peraltro, anche la convinzione che sistemi di allerta esterna, in chiave pubblicistica, non siano necessari né opportuni, potendo supplire una più efficace dialettica tra organi di controllo e di gestione con un rafforzamento dei poteri dei primi nel caso in cui i rimedi attivati dagli amministratori non appaiano adeguati: in tal senso, anche A. ZOPPINI, *Emergenza della crisi e interesse sociale (spunti dalla teoria dell'emerging insolvency)*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, cit., 113.

<sup>7</sup> F. D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 416.

<sup>8</sup> S. DE MATTEIS, *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671-bis*, in *Dir. fall.*, 2017, 756 ss.

svolgere alcun ruolo selettivo ed anzi avrebbero finito per provocare effetti perniciosi.

Vi era, di certo, come vi è, la necessità di coniugare l'interesse sociale (o quello del debitore, quale che sia la forma con cui esercita l'attività imprenditoriale) con quello dei creditori, esercizio tutt'altro che agevole — non solo per la difficoltà di individuare con precisione gli indici sintomatici della crisi, che giustificano l'attivazione delle misure di prevenzione interferendo con l'autonoma gestione degli amministratori, quanto anche per il problematico inquadramento della *business judgment rule*, allorquando si sia prossimi a una situazione di insolvenza<sup>9</sup>. Il tema, che la dottrina mostra di avere ben presente, è quello della stretta connessione tra misure di allerta, doveri fiduciari degli amministratori e funzione ultima delle procedure concorsuali, non più limitate alla disciplina del concorso dei creditori dell'impresa insolvente, ma tese ad instaurare un anticipato e più penetrante controllo sull'autonomia dell'impresa<sup>10</sup>.

I sistemi di allerta, infatti, producono non soltanto l'emersione della crisi quanto anche l'insorgere in capo agli amministratori di doveri fiduciari verso i creditori (non più soltanto nei confronti dei soci), doveri che devono dunque guidare le scelte dei primi orientandole verso decisioni che tengano nel giusto conto anche i possibili pregiudizi (e correlativamente le possibili utilità) che il ceto creditorio possa ricevere<sup>11</sup>. È pertanto su questo piano, quello del corretto assetto organizzativo dell'impresa e della messa a fuoco dei doveri degli organi gestori, in un quadro di generale accresciuta cooperazione, che la riforma ha inteso giocare la sua carta più importante, probabilmente la più difficile per la necessità di far fronte a un profondo cambiamento culturale<sup>12</sup>.

Nella sua prima versione, il codice aveva dunque costruito un sistema fondato sui seguenti pilastri: a) l'obbligo dell'imprenditore collettivo di dotarsi di adeguati assetti organizzativi, funzionali anche al tempestivo rilievo della crisi (art. 2086 c.c.,

<sup>9</sup> Altro tema è quello dell'applicazione della *business judgment rule* nella valutazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi: si v. in senso diverso, Trib. Milano 18 dicembre 2019, in *Giur. it.*, 2020, 365, con nota di O. CAGNASSO e Trib. Roma 8 aprile 2020, in *giurisprudenzadelleimprese.it*, in dottrina: P. MONTALENTI, *op. cit.*, 829 ss.

<sup>10</sup> V. DE SENSI, *Evoluzione della concorsualità, emerging insolvency e fiduciary duties, in Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, cit., 117 ss.; A. ZOPPINI, *op. cit.*, 105 ss.; G. TERRANOVA, *Le nuove forme di concordato*, Torino, 2013, 18.

<sup>11</sup> Tale è l'impatto di questa visione della gestione della crisi d'impresa sulle regole del diritto societario che si è ipotizzata la nascita di una categoria "diritto societario della crisi" (U. TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, Torino, 2014, 5 ss.), categoria di cui si è posta in dubbio l'utilità e l'opportunità (R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *NLCC*, 2018, 1280).

<sup>12</sup> Discorreva del "passaggio a una concorsualità "negativa" come di una svolta "culturalmente epocale" M. Trombadori, *La riforma del diritto societario e la crisi d'impresa*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, Torino, 2014, 102-103.

### Capo III

## SEGNALAZIONI PER LA ANTICIPATA EMERSIONE DELLA CRISI E PROGRAMMA INFORMATICO DI VERIFICA DELLA SOSTENIBILITÀ DEL DEBITO E DI ELABORAZIONI DI PIANI DI RATEIZZAZIONE

### Articolo 25-octies Segnalazione all'organo di controllo

### Articolo 25-novies Segnalazioni dei creditori pubblici qualificati

### Articolo 25-decies Obblighi di comunicazione per banche e intermediari finanziari

### Articolo 25-undecies Istituzione di programma informatico di verifica della sostenibilità del debito e per l'elaborazione di piani di rateizzazione automatici

#### Commento

di PIERPAOLO PARISI

#### 1. Premessa

Gli articoli da 25-octies a 25-undecies del d.lgs. n. 14/2019 <sup>1</sup> dettano le regole sulla segnalazione per la anticipata emersione della crisi delle imprese nonché gli strumenti, anche informatici, di verifica della sostenibilità del debito e di elaborazione dei piani di rateazione.

Si tratta di norme che, nell'intenzione del legislatore, sono volte ad attuare la tempestiva rilevazione della crisi dell'impresa.

L'obiettivo era quello di introdurre un cambio culturale <sup>2</sup> nella gestione delle imprese volto ad anticipare qualunque procedura di gestione e risoluzione della

<sup>1</sup> Come modificati a seguito dell'emanazione del d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83.

<sup>2</sup> Cambio culturale che si ritiene essere stato rifiutato con la scelta di una "spinta gentile" all'accesso alla composizione negoziata della crisi da S. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi*

crisi attraverso una serie di controlli sulla vita aziendale affidati a soggetti specifici che, in qualche modo, hanno comunque rapporti con la società.

I revisori e i sindaci, gli intermediari finanziari le banche, nonché i creditori pubblici qualificati.

Tutti questi soggetti hanno una serie di obblighi o di facoltà di informazione su alcuni indici che avrebbero contenuto tale da anticipare lo stato di crisi e, di conseguenza, ove correttamente affrontati dall'impresa, di poter consentire l'adozione di meccanismi volti ad evitare l'accesso alle procedure concorsuali.

La normativa, già introdotta nella prima versione del d.lgs. n. 14/2019 è stata oggetto di una travagliata gestazione. Dapprima i rinvii resi necessari anche dall'impatto pandemico sulle imprese e in generale sull'economia. Infine, la sostanziale modifica che ha di fatto alleggerito l'impatto degli originari "strumenti di allerta" in una versione degli obblighi di segnalazione nel quale si attribuisce una maggiore responsabilizzazione agli organi di controllo e all'imprenditore.

## 2. L'organo di controllo e gli obblighi di segnalazione

La disciplina risultante dalle recenti modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza pone al centro del meccanismo di segnalazione per l'anticipata emersione della crisi il ruolo del sindaco, del collegio sindacale del revisore.

In realtà, ciò che emerge dall'esame delle norme interessate è che la normativa responsabilizza fortemente tale organo societario imponendogli una costante valutazione sui modelli di gestione della società, sull'adempimento delle obbligazioni della stessa, sulla situazione di equilibrio malfunzionamento o disagio economico, finanziario, patrimoniale della società, essendo anche il principale destinatario della trasmissione di informazioni relative alla situazione di indebitamento o di gestione delle obbligazioni della società da parte dei creditori pubblici qualificati e delle banche degli intermediari finanziari.

Come recita l'art. 25-*octies*, l'organo di controllo e deputato a segnalare all'organo amministrativo societario « la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 17 », ovvero per l'accesso alla composizione negoziata.

Si tratta, cioè, di un accertamento in ordine alle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa<sup>3</sup>.

L'organo di controllo deve dunque tenere un monitoraggio continuo sui risultati di gestione sull'andamento delle obbligazioni.

Una verifica sulla situazione di squilibrio e sulla rilevazione tempestiva degli indici segnalatori dello squilibrio, tutti indicati dal codice della crisi d'impresa e che

---

*d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 9 agosto 2021.

<sup>3</sup> Al riguardo si veda anche art. 3, comma 3 e art. 4 c.c.i.

legittimano e rendono necessario l'intervento dello strumento della composizione negoziata della crisi.

Tale compito è svolto dall'organi di controllo anche come soggetto catalizzatore di flussi informativi specifici (tutti relativi a situazione potenzialmente sintomatiche della potenziale situazione di crisi) che gli altri soggetti qualificati (banche, intermediari, Agenzia delle entrate e altri enti pubblici) sono chiamati a trasmettere.

I sindaci, il revisore contabile è destinatario di tali dati informativi ed è chiamato ad analizzarli e ad attivarsi verso l'amministratore anche suggerendo l'accesso alla composizione negoziata della crisi o ad altro strumento.

L'art. 25-*octies*, per altro, detta anche la specifica modalità di segnalazione che è tenuta ad eseguire l'organi di controllo. Occorre l'utilizzo di mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione.

Destinatari della segnalazione è l'organo amministrativo della società (nella sua veste di amministratore unico o del C.d.a.).

La segnalazione deve essere motivata e deve contenere un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese.

L'organo amministrativo dovrà assumere le necessarie attività che consentano di superare le criticità rilevate dall'organi di controllo correggendo l'assetto organizzativo societario ovvero illustrando le altre attività imprenditoriali che escludono/riducono il rischio di avvio di una crisi.

La segnalazione potrà anche condurre all'accesso alla composizione negoziata della crisi.

In tal caso l'organo di controllo manterrà un rapporto privilegiato con l'esperto negoziatore proseguendo anche nella fase delle trattative il principale apporto informativo per la segnalazione di elementi e/o comportamenti che possano inficiare il percorso di gestione preventiva della crisi affrontato dall'impresa <sup>4</sup>.

Come recita il comma 2 dell'art. 25-*octies* la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 e la vigilanza sull'andamento delle trattative sono valutate ai fini della responsabilità prevista dall'art. 2407 c.c.

Tuttavia, anche la tempestiva segnalazione non esaurisce il rischio di responsabilità incombente sull'organo di controllo <sup>5</sup>.

*Quid iuris* nel caso in cui l'amministratore rimanga inerte alle segnalazioni, ovvero fornisca giustificazioni errate, infondate o sprovviste di alcun elemento di concreto supporto, proponendo strategie potenzialmente ancor più lesive per l'impresa e i creditori?

Restano in tal caso tutti gli altri strumenti che l'organo di controllo deve attivare per garantire il rispetto della legge, dello statuto e della corretta amministrazione e

<sup>4</sup> Così S. PACCHI, *Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi. Così è se vi pare*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 9 agosto 2022.

<sup>5</sup> Si veda al riguardo R. BROGI, *Conversione decreto crisi d'impresa in G.U.: ultima chiamata per l'emersione volontaria della crisi?*, in *Quotidiano giuridico.it*, 25 ottobre 2021.



## Titolo III

# STRUMENTI DI REGOLAZIONE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

## Capo I

### GIURISDIZIONE

### Articolo 26

#### Giurisdizione italiana

#### Commento

di ALESSANDRO FABBI

Come visto a commento dell'art. 11 recante principi generali, di cui la norma ora in esame — anch'essa nel testo interpolata dal correttivo di cui al d.lgs. n. 83/2022 — costituisce completamente ed attuazione, la disciplina posta dal rispettivo combinato disposto non riguarda il contesto intraeuropeo (salvo l'ultimo comma dell'art. 26 ora in commento), che è invece oggetto di diretta disciplina da parte del regolamento n. 848/2015.

Gli artt. 11 e 26 del codice, pertanto, si riferiscono precipuamente ai rapporti tra giudici italiani e stati terzi, e sempre che in assenza di trattati internazionali vigenti.

Peraltro, si è già osservato sempre in nota all'art. 11, che l'adozione per tale ambito, all'interno del codice, di concetti in uso nel contesto internazionale e precipuamente europeo, ed ossia nel regolamento n. 848/2015, ha suscitato la proposta di attribuire ad essi il medesimo significato concreto già in uso in quel piano eurounitario <sup>1</sup>.

Se nell'ambito di applicazione del regolamento (rapporti tra giudici intra-europei) tale assetto trova diretta applicazione (ed anche l'art. 26 ora in esame,

---

<sup>1</sup> L. BOGGIO, *L'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in G. BONFANTE (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Giur. it.*, 2019, 1946 ss., e spec. 955; conf., circa la applicabilità delle presunzioni, di carattere relativo, di cui al regolamento, art. 3, M. MONTANARI, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: profili generali e processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 270 ss., 301.

come già l'art. 11, ne fa riserva), così ragionando, anche nell'ambito dei rapporti tra giudice italiano e quelli di stati terzi varrebbero identiche previsioni.

In concreto, ciò significherebbe anzitutto che, ben di là della nozione di COMI che è infatti ripresa alla lettera (dall'art. 3, comma 1, reg. n. 848) all'art. 2, comma 1, lett. *m*) del codice, nell'applicazione concreta dell'art. 26 soccorrerebbero anche le presunzioni di cui al ridetto art. 3 del regolamento, rispettivamente per persone giuridiche e fisiche <sup>2</sup>: presunzioni che alludono, come si sa, ora alla sede legale/statutaria ora alla sede principale/residenza abituale (fissandosi inoltre una regola di retrodatazione della *perpetuatio*, della quale si dirà più avanti) e che, per ciò che più rileva, hanno nell'ambito regolamentare espresso carattere relativo/*iuris tantum*.

La tesi in discorso predica insomma che l'estensione, il modo d'operare e la applicazione concreta del COMI recepito dal legislatore italiano, pur se per altro ambito, debbano comunque esser regolati sulla base della normativa eurounitaria e, quindi, degli orientamenti già formati in seno alla Corte di Giustizia <sup>3</sup>.

Cominciando dalle presunzioni, si noti però che l'articolo ora in commento non ne contiene affatto, e più in generale che esso omette di dettare qualsivoglia indicazione ulteriore, oltre alla nozione astratta ripresa dall'art. 2, per definire in concreto la consistenza del COMI (tantomeno operando un rinvio esterno alla disciplina europea), lasciando l'interprete nella difficoltà di limitare di quest'ultima espressione la portata, confinandola seccamente alla medesima definizione di cui all'art. 2, oppure arricchirla degli strumenti che altrove, da tempo, e come si vorrebbe, servono a completarla.

Non può allora ignorarsi che, se difettano con specifico riguardo alla giurisdizione, vi sono purtuttavia criteri all'uopo dettati dall'art. 27, comma 3 del codice, in punto di competenza (dove pure, come richiedeva il legislatore delegante, è stato recepito il COMI), sicché già per tale sol fatto a stretto rigore, secondo una prima alternativa ricostruzione, risulterebbe smentita la tesi sinora esaminata: *in primis* perché essa ritiene applicabile, diremmo *extra ordinem* e senza alcun appiglio di legge, la normativa europea ad un contesto (giudice italiano vs. giudice di stato terzo) ad essa del tutto estraneo e del resto in termini di legge di conflitto strettamente domestico.

In secondo luogo, in quanto, sul piano sistematico, è questo motivatamente un caso in cui, né più né meno di quanto fu all'origine autorevolmente affermato con riguardo alla giurisdizione in materia di esecuzione forzata <sup>4</sup>, ma poi anche

<sup>2</sup> L. BOGGIO, *L'accesso*, cit., 956.

<sup>3</sup> Nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, v. per esempio, in tema di persone giuridiche, C. Giust. UE, 20 ottobre 2011, C-396/09, *Interedil*; C. Giust. CE 2 maggio 2006, C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd.*; relativamente alle persone fisiche, la più recente C. Giust. UE, 16 luglio 2020, C-253/19, *MH e NI c. OJ e Novo Banco SA*, che esattamente fa analisi ed applicazione del carattere relativo della presunzione che assiste l'allocatione di competenza giurisdizionale.

<sup>4</sup> Rif. alla nota tesi di G. TARZIA, *Limiti della giurisdizione italiana nell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 423 ss. e spec.

relativamente all'art. 9 l. fall.<sup>5</sup>, la giurisdizione, appunto, si desume e determina sulla scorta dei criteri di competenza territoriale previsti nella medesima materia.

Altrimenti detto, cogliendo l'appiglio sistematico che tuttora l'interprete può sfruttare, ai sensi dell'art. 3, comma 2, ult. parte, l. n. 218/1995, verseremmo qui nelle altre materie rispetto alle quali « la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio ». La consistenza in concreto del COMI, così ragionando, sarebbe da determinarsi, anche ai fini della giurisdizione, secondo il disposto dell'art. 27, dettato in tema di competenza territoriale.

Altro è dire che la interpretazione delle presunzioni di cui all'art. 27, comma 3 — al cui commento comunque si rinvia, anche per indicazioni e riferimenti intorno al dibattito già insorto in proposito<sup>6</sup> — se in termini di presunzioni *iuris et de iure*, è atta a rendere le modifiche apportate con il codice di poco momento e finanche di determinare una retrocessione rispetto allo stato di cose, e della giurisprudenza, che discendeva dall'art. 9 l. fall., se allo scopo di determinare volta per volta ed effettivamente il fulcro dell'impresa, per la determinazione del *proper forum*.

Limitatamente alla giurisdizione nei rapporti considerati e dunque all'articolo che si commenta, l'alternativa a tale lettura, potrebbe essere quella di frapporti un distinguo rispetto alla competenza, enfatizzando come, non essendo nell'art. 11 né nell'art. 26 fissate presunzioni di sorta, né fornite prescrizioni ulteriori, la giurisprudenza sia già per ciò solo autorizzata ad identificare in concreto il COMI ai fini della identificazione del giudice munito di giurisdizione, deviando dalla definizione postane nell'art. 2 del codice, sì senza ausili inferenziali di legge, ma con normale applicazione di presunzioni semplici, *ex art. 2729 c.c.*, tali da poter valorizzare gli elementi che, sino ad oggi, son serviti a ricercare in punto di effettività l'effettivo centro d'interesse<sup>7</sup> e perciò pure, in tal guisa, a salvare la corrente giurisprudenza, che non di rado neutralizza, al fine dell'avocazione della giurisdizione in Italia, i

<sup>5</sup> Sui rapporti tra tale norma e la l. n. 218/1995, v. I. QUEIROLO, *L'influenza del regolamento comunitario sul difficile coordinamento tra la legge fallimentare e la legge di riforma del diritto internazionale privato*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. New Instruments of Private International Law. Nouveaux instruments du droit international privé. Liber Fausto Pocar*, Milano 2009, 840 ss.; A. LEANDRO, *Le procedure concorsuali transfrontaliere*, in A. JORIO, B. SASSANI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, III, *Il fallimento*, Milano, Giuffrè, 2016, spec. 873.

<sup>6</sup> V. per esempio, in luogo di molti, F. AULETTA, *Competenza e non competenza nel codice della crisi e dell'insolvenza: una decostruzione praeter intentionem legislatoris?*, in *Corr. giur.*, 2020, 647 ss. e spec. 649, affermando il carattere assoluto delle presunzioni ivi fissate ed alle note, per riferimenti alla opposta tesi (anche a nostro avviso inadeguatamente difesa con richiamo del reg. n. 848) del carattere relativo, 12 e 13.

<sup>7</sup> Che nella materia persistano a tutt'oggi ragioni di *comity* è evidente proprio se si guarda al modo in cui son fissate, tra l'altro, le prescrizioni di cui all'art. 11, comma 3, oppure allo stesso richiamo del concetto di dipendenza dell'art. 26, comma 1 che, fuori da un contesto di coordinamento ed armonizzazione come è quello del reg. n. 848/2015, non assicura il rispetto della territorialità dell'ipotetico stato terzo, che ben potrebbe nelle proprie norme di conflitto prevedere criteri confliggenti.

trasferimenti c.d. fittizi di sede pur quando non vi soccorra il criterio ausiliario, di cui immediatamente *infra*, di retrodatazione della *perpetuatio* <sup>8</sup>.

Tornando a struttura e testo dell'articolo ora in esame, ripresa e ribadita anche qui (al comma 3) la (scontata perché obbligata) salvezza della normativa europea e delle convenzioni internazionali con stati terzi laddove esistenti, i commi 1 e 2 precisano e ribadiscono la portata dell'art. 11; mentre il quarto — di cui può dirsi brevemente sin da subito — costituisce attuazione e specificazione del regolamento n. 848/2015 (v. spec. art. 3, comma 4, ult. periodo) per cui « Il tribunale, quando apre una procedura di insolvenza transfrontaliera ai sensi del regolamento... dichiara se la procedura è principale, secondaria o territoriale » <sup>9</sup>.

Quanto al comma 1, si è visto che l'adozione del COMI ha portato con sé anche la trasposizione della possibilità di apertura di una procedura in caso di dipendenza/o sede secondaria in Italia <sup>10</sup>: la nozione al riguardo può ben (staticamente, ossia *rebus sic stantibus*) ricavarsi dalla normativa europea, intendendosi quindi per dipendenza « qualsiasi luogo di operazioni in cui un debitore esercita o ha esercitato nel periodo di tre mesi anteriori alla richiesta di apertura della procedura principale di insolvenza, in maniera non transitoria, un'attività economica con mezzi umani e con beni », alla stregua di quanto precisato dall'art. 2, n. 10, regolamento n. 848/2015, non senza ribadire: da un canto, che il concetto il legislatore italiano ha adottato in un contesto estraneo all'ambito di applicabilità del regolamento stesso, talché esso potrà e dovrà applicarsi e svilupparsi, d'ora in avanti, in termini autonomi, senza il rischio di sovrapposizioni con la normativa europea né potendo, altrettanto ovviamente, implicare il sindacato della Corte di Giustizia <sup>11</sup>; d'altro canto, che il concetto di dipendenza non rileverà nei riguardi di stati terzi ai fini della determinazione di procedure principali e secondarie, come è invece nel contesto unionale. Se è vero, a riguardo, che anche la l. Modello UNCITRAL contempla la differenza, sostanzialmente equipollente, tra *foreign*

<sup>8</sup> V. per esempio Cass. 3 gennaio 2017, n. 43; nonché, anche richiamando l'art. 25, l. n. 218/1995, Cass., sez. un., 3 ottobre 2011, n. 20144.

<sup>9</sup> Peraltro, già ai sensi dell'art. 16 del regolamento n. 1346/2000, « la decisione di apertura della procedura d'insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro che si sia ritenuto competente, quale giudice dello Stato nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore, è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena produca effetto in quello in cui è adottata, senza che ai giudici di tali altri Stati sia consentito di sottoporla a valutazione »: Cass., sez. un., 17 novembre 2017, n. 27280.

<sup>10</sup> Con criterio alternativo al COMI, pertanto, nell'ambito del territorio italiano: C. CECHELLA, *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2020, 112. Si legge a riguardo nella relazione illustrativa, come, da un lato, le previsioni tutte in commento siano state riferite non solo alla competenza, come testualmente si richiedeva dall'art. 2, comma 1, lett. f) della legge delega, ma anche alla giurisdizione (infatti « invece che nel dato passato, sulla base del previgente art. 9 l. fall., pur rubricata "competenza"» **Termine estratto capitolo** alla introduzione del concetto di

## Capo II

# COMPETENZA

### Articolo 27

#### Competenza per materia e per territorio

#### Commento

di IGNAZIO ZINGALES

L'articolo in commento detta i criteri che governano il radicamento della competenza in ambito concorsuale <sup>1</sup>.

La disposizione conferma, in primo luogo, la competenza per materia del tribunale (« unitariamente ed esclusivamente ») <sup>2</sup>.

Quanto al territorio, è il luogo « in cui il debitore ha il centro degli interessi principali » a costituire il criterio di radicamento della competenza del tribunale; tribunale che, avuto riguardo a detto luogo, è, secondo un criterio soggettivo, individuato:

1) in quello « sede delle sezioni specializzate in materia di imprese di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168 » « per i procedimenti di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza e le controversie che ne derivano relativi alle imprese in amministrazione straordinaria e ai gruppi di imprese di rilevante dimensione » (comma 1);

2) nel tribunale circondariale (ovviamente in composizione collegiale <sup>3</sup>) « per i procedimenti di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza

---

<sup>1</sup> La norma è stata analizzata dallo scrivente anche in *Sul regime della competenza dettato dagli articoli 27, 28 e 30 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *rivista.camminodiritto.it*, 2020.

<sup>2</sup> Così F. AULETTA, *Competenza e non competenza nel codice della crisi e dell'insolvenza: una decostruzione praeter intentionem legislatoris?*, in *Corr. giur.*, 2020, 647 ss., qui 649.

<sup>3</sup> L'art. 40, comma 1, del nuovo codice prevede espressamente che: « Il procedimento per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale, con le modalità previste dalla presente sezione ». E ciò in linea con quanto già stabilito dall'art. 15, comma 1, r.d. 16 marzo 1942, n. 267, secondo cui: « il procedimento per la dichiarazione di fallimento si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio ».

o a una procedura di insolvenza diversi da quelli di cui al comma 1 e le controversie che ne derivano » (comma 2).

Relativamente al territorio, dunque, il criterio di radicamento della competenza viene fondato su una nozione diversa da quella utilizzata nell'art. 9, comma 1, r.d. 16 marzo 1942, n. 267. Mentre quest'ultima norma prevede, invero, che « il fallimento è dichiarato dal tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa », il nuovo art. 27 valorizza, invece, il luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi principali.

Per entrambe le ipotesi di cui ai commi 1 e 2 della disposizione in commento, dunque, il luogo su cui fondare la competenza per territorio — da intendersi inderogabile <sup>4</sup> — è quello in cui si trova il centro degli interessi principali del debitore <sup>5</sup>.

E tale luogo, ai sensi del precedente art. 2, lett. *m*), del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, va individuato in quello « in cui il debitore gestisce i suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi » <sup>6</sup>. Individuazione che,

---

<sup>4</sup> Osserva F. AULETTA, *Competenza e non competenza nel codice della crisi e dell'insolvenza: una decostruzione praeter intentionem legislatoris?*, cit., 650: « La natura della competenza per materia e per territorio rimane senza dubbio inderogabile e rilevabile d'ufficio, come per tradizione ritenuta e per legge confermata (arg. ex art. 29 CCII), ma senza trascurare, quanto all'inderogabilità, che l'incompetenza appare comunque incapace di procurare la revoca della sentenza che disponga l'apertura della liquidazione giudiziale (artt. 29 ss.); e, quanto alla rilevabilità d'ufficio, che è ormai consustanziale al contenimento della questione il principio di cui all'art. 38 c.p.c., con la rilevabilità inestendibile oltre la prima udienza (nella specie, quella di cui all'art. 41 CCII) ». Per C. CECHELLA, *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2020, 118 e 120, l'inderogabilità discenderebbe dalla natura camerale del procedimento. Dubbi sulla natura camerale sono, invece, espressi da F. AULETTA, *Competenza e non competenza nel codice della crisi e dell'insolvenza: una decostruzione praeter intentionem legislatoris?*, cit., 651-652, e, con riferimento al procedimento di liquidazione giudiziale, da I. PAGNI, *Codice della crisi e dell'insolvenza: il procedimento unitario*, in *Corr. giur.*, 2019, 1167. Con riferimento alla disciplina di cui agli artt. 9 ss. del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, sulla inderogabilità della competenza territoriale del tribunale, cfr. C. CECHELLA, *I presupposti processuali*, in F. VASSALLI, F.P. LUISO, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di Diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, Il processo di fallimento*, vol. II, Torino, 2014, 46.

<sup>5</sup> Scrive F. AULETTA, *Competenza e non competenza nel codice della crisi e dell'insolvenza: una decostruzione praeter intentionem legislatoris?*, cit., 648: « l'unica ragione del richiamo alla sezione specializzata, presente nel comma 1 dell'art. 27 cit., è di fungere da elemento concorrente alla "ripartizione della competenza territoriale", in modo — cioè — che alcuni procedimenti naturalmente trattabili dal tribunale di maggiore prossimità al "centro degli interessi principali" dell'impresa vengano trasferiti all'omologo ufficio del capoluogo dotato di sezione specializzata (se trattasi di "impres[a] in amministrazione straordinaria [o] gruppi[o] di imprese di rilevante dimensione") ».

<sup>6</sup> Osserva A. DI BERNARDO, *Giurisdizione e competenza nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza (Parte I - Titolo III - Capi I, II - articoli 26-32)*, in M. GIORGETTI (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*, Pisa, 2019, 42: « La legge delega, adottando la nozione europea di centro degli interessi principali del debitore ai fini della disciplina della competenza territoriale (oltre che della giurisdizione italiana), ha inteso privilegiare il luogo in cui l'imprenditore ha effettivamente stabilito il nucleo amministrativo e direzionale della propria attività ».

come nel sistema governato dall'art. 9, comma 1, r.d. 16 marzo 1942, n. 267<sup>7</sup>, sarà frutto di una valutazione, da parte del giudice, che investe elementi di fatto e che non è sindacabile dalla Corte di Cassazione se non in caso di motivazione inesistente o apparente; una valutazione, peraltro, che potrebbe risultare non agevole in quanto fondata su dati — l'abitudine e la riconoscibilità da parte dei terzi — di per sé non sempre verificabili con certezza.

Rinvandosi per la nozione contenuta nel predetto art. 2, lett. *m*), al relativo commento, va detto che la giurisprudenza di legittimità, già con riferimento al criterio di cui al menzionato art. 9, comma 1, r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (« il fallimento è dichiarato dal tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa »), aveva optato, ai fini della individuazione di detta sede principale, per l'utilizzabilità di parametri di carattere sostanziale non lontani dalla indicazione offerta nell'art. 27<sup>8 9</sup>.

In proposito, può risultare utile richiamare quanto affermato da Cass. civ., sez. I, 21 marzo 2003, n. 4206, secondo cui: « ai sensi dell'art. 9 della legge fallimentare, la competenza a dichiarare il fallimento spetta al tribunale del luogo ove l'impresa ha la sua sede principale, ove, cioè, promuova sul piano organizzativo i suoi affari e tale luogo, di regola, si deve presumere coincidente con quello della sede legale, potendo, tuttavia, siffatta presunzione di coincidenza essere vinta dalla prova del carattere meramente fittizio o formale della sede legale, restando irrilevanti in ogni caso i trasferimenti della sede legale non accompagnati dal reale trasferimento del centro propulsore dell'impresa o contestuali alla effettiva cessazione dell'attività dell'impresa stessa ».

Può poi ricordarsi anche la posizione assunta dalle sezioni unite, che, quale parametro per l'individuazione del giudice territorialmente competente, avevano anche fatto riferimento al « luogo in cui vive il cuore pulsante dell'impresa, vale a dire quello in cui vengono individuate e decise le scelte strategiche cui dare seguito » (Cass. civ., sez. un., 25 giugno 2013, n. 15872).

E può infine concludersi con la più recente Cass. civ., sez. I, 14 giugno 2019, n. 16116, secondo cui: « la competenza territoriale per la dichiarazione di fallimento spetta al giudice del luogo in cui l'impresa debitrice ha la sede effettiva, ove cioè si trova il suo centro direttivo, ancorché essa sia diversa dalla sede legale (per esempio, Cass. 28 agosto 2012, n. 14676). La sede principale dell'impresa si identifica con il luogo in cui si svolge prevalentemente l'attività amministrativa e direttiva (Cass. 12 marzo 2002, n. 3655; Cass. 19 luglio 2012, n. 12557). La presunzione *iuris tantum*

---

<sup>7</sup> Cfr. M. FABIANI, *Giurisdizione e competenza*, in A. JORIO, B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, I, *Introduzione generale. Il fallimento. Presupposti - Processo - Organi*, Milano, Giuffrè, 2014, 409.

<sup>8</sup> Cfr. S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al D.Lgs. n. 14/2019*, Milano, 2019, 40-41.

<sup>9</sup> Per l'applicazione, anche con riferimento al regime di cui all'art. 9, comma 1, di criteri di carattere sostanziale, cfr., in dottrina, C. CECHELLA, *I presupposti processuali*, cit., 44-45; M. FABIANI, *Giurisdizione e competenza*, cit., 408-409.

di coincidenza della sede effettiva con la sede legale è superabile attraverso prove univoche che dimostrino che il centro direzionale dell'attività di impresa è altrove, e che la sede legale ha carattere soltanto formale o fittizio. Rileva a tal fine in particolare la mancanza di una concreta struttura operativa presso la sede legale, cosicché debba riconoscersi che detta sede sia solo un mero recapito, come avviene nel caso in cui l'impresa sia domiciliata presso uno studio professionale (Cass. 8 febbraio 2011, n. 3081) ».

Ritornando all'art. 27, può osservarsi come, individuato l'elemento di riferimento nel luogo in cui si trova il centro degli interessi principali del debitore, il comma 3 introduca alcune presunzioni finalizzate alla individuazione di detto luogo.

Nello specifico, viene stabilito che, per la persona fisica esercente attività di impresa, il centro degli interessi principali del debitore si presume coincidente « con la sede legale risultante dal registro delle imprese o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale » (lett. *a*).

Diversamente, per la persona fisica non esercente attività d'impresa, vengono in rilievo la residenza o il domicilio e, se questi sono sconosciuti, l'ultima dimora nota o, in mancanza, il luogo di nascita, con la precisazione che, se quest'ultimo non si trova in Italia, la competenza è del Tribunale di Roma (lett. *b*).

Infine, il regime di presunzioni *de quibus* prevede che, relativamente alla persona giuridica e agli enti, anche non esercenti attività di impresa, « il centro degli interessi principali del debitore si presume coincidente ... con la sede legale risultante dal registro delle imprese o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale o, se sconosciuta, secondo quanto previsto nella lettera *b*), con riguardo al legale rappresentante » (lett. *c*).

Con riferimento alle lettere *a*) e *c*), il contenuto della norma appare ambiguo.

Sotto il profilo letterale, sembrerebbe, invero, che il legislatore introduca presunzioni assolute<sup>10</sup>. E questa lettura appare confermata anche dalla Relazione illustrativa del codice in cui si osserva che, « come previsto dall'art. 2, comma 1, lett. *f*), della legge delega, (...) la competenza spetta al tribunale del luogo ove si trova il centro degli interessi principali del debitore, definito nella stessa norma tenuto conto della categoria di appartenenza del debitore e individuato, in una prospettiva di semplificazione, attraverso il ricorso a presunzioni assolute ».

Senonché, se così fosse, si è fatto giustamente notare, « la portata dell'innovazione legislativa potrebbe risultarne svilita: invero si tornerebbe a individuare il centro degli interessi principali del debitore nella sede legale dell'impresa, quella reale prevalendo solo nell'ipotesi (residuale) in cui la prima non risulti dal registro delle imprese »<sup>11</sup>. Il che induce, quindi, a non enfatizzare la relazione illustrativa e

**Termine estratto capitolo**