



PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA
presso la Corte Suprema di Cassazione

Il ruolo del pubblico ministero nella crisi d'impresa tra legge fallimentare Codice della crisi e dell'insolvenza e decreto-legge n. 118/2021

Premessa

L'entrata in vigore di alcuni aspetti che anticipano la più ampia riforma della crisi dell'impresa rende necessario aggiornare gli orientamenti adottati dalla Procura generale, a seguito dell'ampia consultazione delle procure generali di appello e di alcune delle principali procure della Repubblica, oltre che della Procura Nazionale Antimafia e Antiterrorismo. Il percorso di elaborazione coinvolge, soprattutto con riferimento all'insolvenza da emergenza COVID, anche l'accademia e alcuni dei principali attori della riforma, dalle Camere di Commercio alla Banca d'Italia, dalle associazioni imprenditoriali alle forze di polizia maggiormente coinvolte, a partire dalla Guardia di Finanza. Gli "orientamenti" che ne sono discesi sono pubblicati sul sito della Procura generale.

La riforma e le sue anticipazioni rendono necessario che il pubblico ministero sia consapevole del mutamento del proprio ruolo, finalizzato alla tutela dell'interesse pubblico e della generalità dei creditori, pur nell'indirizzo che tende alla salvaguardia della sopravvivenza dell'azienda, tutte le volte che ciò sia possibile.

Questa consapevolezza comporta scelte organizzative e soprattutto di interpretazione delle norme che disciplinano la crisi e la sua risoluzione, omogenee sul territorio nazionale. Di grande importanza è dunque affrontare sia il ruolo del p.m. nelle varie fasi della crisi, sia quello del p.m. come organo dell'azione, tanto ai fini della liquidazione che dell'azione penale.

Il materiale che segue non è dunque uno "studio" o una sorta di articolo collettivo per le riviste di diritto, ma documento preparatorio del lavoro ex art. 6 del d.lvo n. 106/2006, che si è avviato e che porterà alla indicazione di orientamenti condivisi e alla

evidenziazione delle questioni che risulteranno, ad esito del lavoro comune, ancora da definire.

In sintesi, seguono le indicazioni dei principali temi, che saranno oggetto della riunione dei Procuratori generali del 23 novembre p.v., accompagnate da un documento che dà atto del lavoro collettivo di elaborazione nell'ambito del gruppo di lavoro crisi di impresa, coordinato dal Procuratore aggiunto, dr. Luigi Salvato, e dal dr. Pasquale Fimiani, responsabile del settore, e di cui fanno parte i colleghi Stanislao De Matteis, Luisa De Renzis, Paola Filippi Giovanni Giacalone, Francesca Loy, Giovanni Nardecchia, Luigi Orsi, Domenico Seccia, Anna Maria Soldi e Mauro Vitiello.

I colleghi De Matteis, Filippi e Nardecchia ne sono i redattori per conto del gruppo.

Da quanto sin qui scritto, è chiaro che le opinioni ivi espresse sono frutto di elaborazione collettiva ma ancora non rappresentano le posizioni dell'ufficio, che potranno essere deliberate solo a seguito del completamento della procedura ex art. 6 del d.lvo 106/2006.

Roma 17 novembre 2021

Il Procuratore generale
Giovanni Salvi

Il ruolo del pubblico ministero nella crisi d'impresa tra legge fallimentare, Codice della crisi e dell'insolvenza e decreto-legge n. 118 del 2021.

Abstract

Il ruolo assegnato al pubblico ministero nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, sul solco della riforma del 2006 (d.lgs. n. 5 del 2006), è stato ampliato dal Codice della crisi, che per l'intervento di cui all'art. 1 d.l. n. 118/21, convertito in legge n. 147/21, entrerà in vigore il 22 maggio 2022 e intanto l'art. 23 d.l. n. 118/21 stabilisce l'improcedibilità, fino al 31 dicembre 2021, dei ricorsi per la risoluzione del concordato preventivo o per la dichiarazione di fallimento relativi a concordati preventivi con continuità aziendale omologati in data successiva al 1 gennaio 2019.

L'entrata in vigore delle disposizioni in materia di *procedure di allerta e composizione assistita della crisi* è posticipata al 31 dicembre 2023; conseguentemente è posticipata a detta data l'entrata in vigore dell'art. 22 in tema di *segnalazione al pubblico ministero delle situazioni di insolvenza emergenti nell'ambito del procedimento di composizione assistita della crisi di cui al Titolo secondo*.

Il generale dovere di segnalazione al Pm dell'insolvenza emersa nell'ambito di un procedimento civile trova, in ogni caso, il suo fondamento normativo nell'art. 7, comma 2, della legge fallimentare.

Con l'entrata in vigore del codice della crisi il riferimento normativo sarà il secondo comma dell'art. 38 che prevede che l'autorità giudiziaria che rileva l'insolvenza nel corso di un procedimento lo segnali al pubblico ministero.

Il pubblico ministero, con compiti squisitamente civilistici, è parte pubblica alla quale è rimesso il precipuo compito di agire, ai sensi dell'art. 38 CCII, per la rapida emersione della crisi nonché il compito di garantire il corretto svolgimento delle procedure di risoluzione della crisi. Il terzo comma dell'art. 38 – espressione dell'art. 70 c.p.c. - lo legittima a intervenire in tutti i procedimenti diretti all'apertura di una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

In quest'ottica il pubblico ministero è collettore della *notitia decotionis* e destinatario degli atti che costituiscono gli snodi essenziali delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza. La sua partecipazione si caratterizza come essenziale perché sia garantita la tutela delle posizioni soggettive coinvolte nella crisi dell'imprenditore commerciale.

L'iniziativa si realizza in maniera preminente con la proposizione della richiesta di apertura della liquidazione giudiziale, ma la partecipazione della parte pubblica è immanente a tutte le procedure di regolazione della crisi.

Considerato che l'iniziativa ex art. 38 CCI – non obbligatoria - è svincolata dalle situazioni legittimanti previste dall'art. 7 l. fall. è senz'altro opportuna l'elaborazione di *linee guida* che garantiscano l'uniforme esercizio delle funzioni di iniziativa sul territorio nazionale, e ciò al fine di evitare che la diversa gestione della stessa determini disparità di trattamento e incentivi il c.d. *forum shopping*.

Un criterio generale tratto dalla *ratio* sottesa al ruolo assegnato alla parte pubblica nel sistema attuato dal codice è, come si è detto, quello che l'azione miri alla rapida emersione della crisi, in quest'ottica si tratta di porre attenzione alla situazione di irreversibilità e all'allarme sociale che la prosecuzione dell'attività commerciale determina nell'ambiente economico.

La valutazione in ordine all'esercizio dell'iniziativa ex art. 38 CCI è bene sia effettuata tenendo conto della finalità – cui è informato il codice- che è quella del salvataggio dell'impresa, per l'effettivo mantenimento della produzione e dei livelli occupazionali, nel rispetto delle scelte rimesse alla libera disponibilità dell'imprenditore commerciale.

Il pubblico ministero del codice della crisi può esercitare i compiti che ineriscono a tutte le altre parti processuali, anche con riferimento al rilievo di profili patologici della procedura con attenzione rivolta a eventuali atti in frode, che possono determinare la richiesta di revoca dell'ammissione della proposta di concordato, o abbreviazione dei termini ex art. 44 comma 2 CCII, la declaratoria di inammissibilità, di revoca o di diniego dell'omologazione del concordato preventivo, con eventuale richiesta di liquidazione giudiziale che determina la conversione della procedura.

Gli atti in frode, nella nozione civilistica, sono quelli che se conosciuti avrebbero condotto i creditori a diversa determinazione in ordine alla scelta di aderire o meno alle proposte del debitore. Detti atti possono consistere in operazioni distrattive anteriori al deposito delle proposte o in operazioni effettuate nel corso del concordato quali, ad esempio, operazioni di straordinaria amministrazione non autorizzate.

È fondamentale il ruolo del pubblico ministero con riferimento all'emersione di patologie che potrebbero verificarsi nel corso delle procedure di regolazione alternative alla liquidazione giudiziale, diverse dalle vicende fisiologiche determinate dalla non fattibilità giuridica od economica del piano di risanamento.

L'esercizio dell'iniziativa con riferimento alla scoperta di atti in frode costituisce specifica manifestazione dell'interesse pubblico a che le procedure di regolazione si svolgano nel rispetto della legge.

L'accresciuto potere d'azione della parte pubblica, si manifesta nelle previsioni di cui all'art. 73, secondo comma (in tema di *conversione in procedura liquidatoria*); all' art. 80, sesto comma (in tema di *omologazione del concordato minore*); all'art. 83, secondo comma, (in tema *Conversione in procedura liquidatoriache*, al pari di quanto previsto dall'art. 106, terzo comma, (in tema *atti di frode e apertura della liquidazione giudiziale nel corso della procedura*) con riferimento al concordato preventivo,

richiamano la legittimazione del pubblico ministero all'apertura della liquidazione controllata. L'iniziativa del pubblico ministero nel caso di scoperta di atti in frode era già prevista dall'art. 173 l. fall., come modificato con la riforma del 2006, per sopperire all'eliminazione dell'officiosità della declaratoria di fallimento. Ora in coerenza con l'ampliamento del ruolo del PM, la sua legittimazione a richiedere la liquidazione giudiziale o controllata in caso di scoperta di atti in frode è espressamente prevista con riferimento anche alle procedure di regolazione dell'insolvente civile.

A fronte dell'ampliamento del ruolo del pubblico ministero occorre interrogarsi in ordine alla necessità di stimolare un investimento culturale sulla professionalità e la specializzazione dei magistrati della procura che si occuperanno di tali problematiche, anche alla luce del contesto economico di riferimento. La pandemia provocata dal Covid-19 ha determinato una drammatica emergenza sanitaria, oltre che una crisi economica tale da far ipotizzare che, pur superata la prima, potrebbe essere assai elevato il numero delle imprese classificabili in stato di crisi e, verosimilmente, anche in stato di insolvenza. Il che porrà delle problematiche che dovranno essere adeguatamente coordinate tra loro, questioni in ordine alle quali occorre che i Procuratori si interrogino con l'obiettivo dell'uniformità delle iniziative. Da una parte il ruolo preponderante che ha assunto la finanza pubblica nell'erogazione dei finanziamenti alle imprese rende evidente come il tema dell'insolvenza post Covid-19 assumerà profili di rilevanza pubblicistica ancora più marcati. Dall'altra è opportuna un'accurata analisi delle cause dell'insolvenza e soprattutto della sua reversibilità con l'elaborazione, da parte dei Procuratori, di linee guida comuni.

L'attenzione all'efficienza della giustizia civile che l'Europa ci raccomanda (Raccomandazione all'Italia del 20 luglio 2020) passa attraverso lo snodo delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, solo attraverso l'individuazione precoce dei sintomi della crisi si raggiungono gli obiettivi del salvataggio, della continuità e della rapida soddisfazione dei creditori coinvolti nella crisi -nella maggior parte dei casi, imprenditori commerciali anche loro- evidenzia la necessità di implementazione dei flussi informativi tra Tribunali e Procure, della collaborazione tra uffici, dell'accesso alle banche dati. Si tratta di implementazione alla quale occorre porre mano a prescindere alla data di entrata in vigore del codice della crisi, senz'altro facilitata dal processo di digitalizzazione in atto nel nostro Paese.

Nello scritto si ripercorrono gli istituti introdotti con il codice della crisi che entreranno in vigore il 22 maggio prossimo.

Si tratta di un prontuario che viene messo a disposizione dei pubblici ministeri che svolgono funzioni civili nell'ambito della regolazione della crisi e dell'insolvenza e che speriamo sia loro utile.

Il nuovo ruolo del pubblico ministero costituisce una sfida per gli Uffici di Procura e gli esiti della stessa si ripercuoteranno in maniera significativa sull'efficienza della giustizia

civile, il primo passo è dunque che i Procuratori generali sollecitino il confronto per giungere a soluzioni condivise e uniformi in ordine ai punti nodali in cui si articola la riforma.

Il lavoro che segue evidenzia i punti nodali relativi al ruolo assegnato dal Codice della crisi al Pubblico ministero degli affari civili con specifico riferimento agli istituti come modificati o introdotti con l'obiettivo di porre sotto osservazione gli snodi decisivi dell'iniziativa e del controllo del pubblico ministero per evidenziare le questioni e individuare soluzioni condivise e uniformi.

Sommario

| | |
|---|----|
| 1. Il PM nel Codice della crisi e dell'insolvenza..... | 9 |
| 2. L'allerta e la composizione assistita della crisi..... | 10 |
| 2.1. L'allerta..... | 10 |
| 2.2. La composizione assistita della crisi..... | 12 |
| 2.3. La segnalazione dell'OCRI..... | 14 |
| 2.4. L'iniziativa del P.M. | 15 |
| 2.4.1. Premessa. | 15 |
| 2.4.2. Ambito, finalità e modalità dell'intervento del P.M. Profili operativi. | 17 |
| 3. La composizione negoziata della crisi, procedura introdotta con il decreto-legge n. 18/2021 convertito in legge 21 ottobre 2021 n. 147..... | 19 |
| 4. Il Pubblico ministero nella liquidazione giudiziale..... | 20 |
| 4.1. Gli artt. 37 e 38 CCII: l'ampliamento oggettivo della legittimazione del P.M. | 20 |
| 4.2. Estensione della procedura ai soci illimitatamente responsabili | 25 |
| 4.3. Obbligatorietà o facoltatività dell'azione del PM. | 26 |
| 4.4. La competenza | 27 |
| 4.5. Il ricorso..... | 27 |
| 4.6. La notifica..... | 28 |
| 4.7. La partecipazione del PM al procedimento..... | 29 |
| 4.8. L'intervento del PM nella procedura per l'apertura della liquidazione giudiziale | 30 |
| 4.9. La rinuncia | 31 |
| 4.10. Il reclamo del PM | 33 |
| 4.11. L'intervento del PM in appello | 33 |
| 4.12. La liquidazione giudiziale di "gruppo" | 34 |
| 4.13. L'intervento del PM nelle altre procedure concorsuali..... | 35 |
| 4.14. Ambito, finalità e modalità dell'intervento del P.M. Profili operativi | 36 |
| 5. Il Pubblico ministero nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nel concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. | 39 |
| 5.1. Segue: le disposizioni del cd. correttivo | 40 |
| 5.2. L'intervento del Pubblico ministero..... | 40 |
| 5.3. Un'altra possibile ipotesi di intervento | 41 |
| 5.4. L'accesso alle procedure di regolazione della crisi (o dell'insolvenza)..... | 42 |

| | |
|---|----|
| 5.5. Il deposito del piano di concordato..... | 43 |
| 5.6 La rinuncia alla domanda di concordato preventivo..... | 44 |
| 5.7 Gli atti in frode e la revoca del decreto di apertura del concordato preventivo..... | 45 |
| 5.8 L'iniziativa per l'apertura della liquidazione giudiziale..... | 45 |
| 5.9. Risoluzione e annullamento..... | 46 |
| 5.10. Profili operativi: i flussi informativi tra Tribunali dell'insolvenza e procure della Repubblica. Il fascicolo dell'insolvenza..... | 46 |
| 6. Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, procedura introdotta con il decreto-legge n. 18 d.l. 118/2021 convertito in legge 21 ottobre 2021 n. 147..... | 47 |
| 7. Le procedure di sovraindebitamento: ristrutturazione dei debiti, concordato minore e liquidazione controllata..... | 50 |
| 7.1. Premessa..... | 50 |
| 7.2. Il presupposto oggettivo e il rapporto con l'allerta..... | 51 |
| 7.3. La ristrutturazione dei debiti del consumatore: il diniego di omologazione..... | 52 |
| 7.4 La revoca dell'omologazione della ristrutturazione dei debiti del consumatore e la conversione in procedura liquidatoria..... | 53 |
| 7.5. Il concordato minore: la declaratoria di inammissibilità della domanda..... | 56 |
| 7.6 Il diniego dell'omologazione..... | 58 |
| 7.7. La revoca dell'omologazione del concordato minore..... | 59 |
| 7.8. La conversione della procedura in liquidazione controllata e gli atti in frode..... | 63 |
| 7.9. Liquidazione controllata..... | 64 |
| 7.10. Esdebitazione di diritto e impugnazione del decreto che dichiara l'esdebitazione..... | 66 |
| 7.11. Profili operativi: i flussi informativi, il fascicolo dell'insolvenza nelle procedure di sovraindebitamento..... | 67 |
| 8. Considerazioni conclusive..... | 68 |

1. Il PM nel Codice della crisi e dell'insolvenza

Il CCII rappresenta un radicale punto di svolta con riferimento al ruolo del PM che vede un significativo ampliamento del suo ruolo, da organo inquirente penale, finalizzato alla ricerca delle notizie di reato ed all'individuazione dei responsabili di tali reati a quello di parte delle procedure giudiziali di regolazione della crisi. Nel quadro di detta concezione e delle finalità dell'intervento del P.M. sembra dunque necessario che questo si spogli delle sue vesti puramente penalistiche ed eserciti le funzioni per lui previste dal codice della crisi allo scopo di garantire il buon andamento dell'economia e della legalità nello svolgimento della risoluzione della crisi di impresa che deve mirare alla conservazione dell'impresa, compatibilmente con la tutela di tutti gli altri interessi coinvolti. Il P.M. è chiamato a riflettere ed a porre la propria attenzione sia alle situazioni imprenditoriali di difficoltà (di preinsolvenza), sia a quelle avviate ad una regolazione concordata, sia alla liquidazione, muovendosi in una prospettiva di compatibilità tra esigenze punitive e di perseguimento dell'interesse generale anche attraverso il risanamento delle imprese. Le nuove previsioni legislative contenute nel CCII devono stimolare gli uffici di Procura ad un profondo rinnovamento culturale, ed all'adozione di quelle misure organizzative, che consentano ai singoli magistrati del Pubblico Ministero l'esercizio corretto e tempestivo delle loro prerogative in tema di controllo di legalità sulle dinamiche del sistema economico, favorendo ad un tempo l'efficacia della attività investigativa sul crimine economico ed il recupero di efficienza delle procedure concorsuali sia sotto il profilo della tutela del credito che della conservazione degli assets aziendali, profili che sono profondamente correlati alla tempestività della rilevazione della crisi d'impresa. In definitiva poiché è facilmente prevedibile che l'entrata in vigore del CCII determinerà un significativo aumento delle segnalazioni per l'esercizio dell'azione volta alla apertura della procedura di liquidazione giudiziale, alcune delle quali, come detto, avranno un carattere particolarmente "precettivo", appare necessario non soltanto che gli uffici delle procure si attrezzino in questa prospettiva, ma anche che testino da subito la loro capacità di risposta a legislazione invariata.

Se è pur vero che il CCII amplierà il ruolo del PM è innegabile che anche l'attuale legge fallimentare prevede ampi spazi d'intervento, troppo spesso del tutto disattesi, spazi d'intervento che andrebbero sviluppati a partire dall'implementazione dei flussi informativi, con particolare riferimento alle segnalazioni provenienti dagli organi giudiziari. Esigenza resa ancor più necessaria dallo slittamento dell'entrata in vigore del Codice della Crisi e dell'insolvenza al 16 maggio 2022 e delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi al 31 dicembre 2023 disposta con l'art. 1 del decreto-legge 118/2021, convertito in legge 21 ottobre 2021 n. 147. Il rinvio al 31/12/2023 dell'allerta è in qualche modo "compensato" dall'introduzione di un nuovo strumento di ausilio alle imprese in difficoltà: la composizione negoziale della crisi. Istituto che

dovrebbe sostituire, di fatto, le procedure di allerta e composizione della crisi, apportando però una significativa novità rispetto al meccanismo di segnalazione. Il sistema introdotto non prevede, infatti, diversamente da quanto previsto dall'art. 22 del CCII in situazioni sostanzialmente analoghe, la segnalazione al pubblico ministero. Segnalazione che sembrerebbe necessaria alla luce degli interessi pubblici sottesi all'insolvenza dell'imprenditore, in tutti i casi in cui sia evidente la mancanza dei presupposti per pervenire ad una soluzione concordata che consenta l'uscita dalla crisi a causa dall'accertamento di una insolvenza non reversibile. Con la conseguenza che le segnalazioni al PM potranno essere effettuate soltanto dal giudice ai sensi dell'art. 7, secondo comma, l.fall. ogni qual volta, nell'ambito del procedimento di composizione negoziata della crisi, egli sia chiamato dal debitore ad emettere un provvedimento (protettivo del patrimonio, di autorizzazione al compimento di determinati atti) e riscontri lo stato d'insolvenza del debitore medesimo. In questa prospettiva sarebbe quindi opportuno che si sviluppino in tutti gli uffici giudiziari dei protocolli d'intesa tra procure e tribunali al fine di regolamentare e quindi testare l'effettività e la tempestività dell'iniziativa del PM a seguito della segnalazione ex art. 7, secondo comma, l.fall. Accanto a questi profili organizzativi appare evidente la necessità di un forte investimento culturale sulla professionalità e la specializzazione dei magistrati della procura che si occuperanno di tali problematiche, anche alla luce del contesto economico di riferimento. La pandemia provocata dal Covid-19 ha determinato una drammatica emergenza sanitaria, oltre che una crisi economica tale da far ipotizzare che, pur superata la prima, potrebbe essere assai elevato il numero delle imprese classificabili in stato di crisi e, verosimilmente, anche in stato di insolvenza. Il che porrà delle problematiche che dovranno essere adeguatamente coordinate tra loro. Da una parte il ruolo preponderante che ha assunto la finanza pubblica nell'erogazione dei finanziamenti alle imprese rende evidente come il tema dell'insolvenza post Covid-19 assumerà profili di rilevanza pubblicistica ancora più marcati. Dall'altra si renderà necessaria un'accurata analisi delle cause dell'insolvenza e soprattutto della sua reversibilità una volta venuti meno gli effetti nefasti della pandemia. Attività, entrambe, che richiederanno un'adeguata conoscenza delle dinamiche giuridiche ed economiche che governano le crisi d'impresa

2. L'allerta e la composizione assistita della crisi

2.1. L'allerta

Una delle innovazioni di maggiore importanza contenute ne Codice della crisi e dell'insolvenza (CCII) consiste certamente nell'introduzione delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi. Tutti gli analisti concordano sul fatto che solo individuando e fronteggiando precocemente i sintomi di crisi si può sperare di

conseguire l'obiettivo del risanamento e, quindi, al tempo stesso di salvaguardare la continuità dell'impresa, evitando la dispersione di valore spesso insita nelle procedure meramente liquidatorie. Condizione, questa, che appare indispensabile anche per realizzare il miglior soddisfacimento dei creditori. Si tratta di un'esigenza ormai riconosciuta da tutti gli ordinamenti e che si rispecchia anche nei principi elaborati dall'Uncitral e dalla Banca Mondiale per la corretta gestione della crisi d'impresa. Il procedimento d'allerta ha inizio con l'attivazione della procedura da parte dei soggetti qualificati di cui agli articoli 14 e 15 del CCII, il che è reso evidente dal fatto che da tale momento si produce il primo ed unico effetto protettivo nella sfera giuridica del debitore: ai sensi dell'art. 12 comma 3 del CCII tali segnalazioni non costituiscono causa di risoluzione dei contratti pendenti, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, né di revoca degli affidamenti bancari concessi. Sono nulli i patti contrari. L'articolo 18 del CCII disciplina la fase dell'allerta davanti all'OCRI. La norma dispone che si proceda alla convocazione e all'audizione in via riservata e confidenziale e quindi le modalità di gestione di questa fase devono essere tali da garantire che i terzi non vengano a conoscenza della procedura, in quanto la notizia potrebbe aggravare lo stato di crisi dell'impresa. Conclusa l'audizione del debitore, il collegio deve valutare – in base ai dati raccolti – se siano emersi o meno fondati indizi di crisi. Se ritiene che tali indizi non sussistano, il collegio dispone l'archiviazione delle segnalazioni ricevute, dandone comunicazione per il tramite del referente ai soggetti che avevano effettuato la segnalazione. Il collegio dispone in ogni caso l'archiviazione quando l'organo di controllo societario, se esistente o, in sua mancanza, un professionista indipendente, attesti l'esistenza di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali siano decorsi novanta giorni dalla messa in mora, per un ammontare complessivo che, portato in compensazione con i debiti, determina il mancato superamento delle soglie che hanno determinato la segnalazione. Se invece la valutazione dei dati acquisiti conferma l'esistenza di fondati indizi di crisi, il collegio deve confrontarsi con il debitore al fine di individuare le misure che appaiono idonee al suo superamento, fissando un termine entro il quale l'imprenditore deve riferire in merito alla relativa attuazione. Volendo azzardare un parallelismo con il termine di cui all'art. 161 comma 6 l. fall., in caso di presentazione della cd. domanda di concordato in bianco, l'art. 18 del CCII sembra richiedere un qualche elemento in più per la concessione del termine. Mentre l'art. 161 comma 6 l.fall. prescrive semplicemente che la domanda sia corredata di determinati documenti, escludendo la necessità che il debitore scopra da subito le sue carte in relazione al piano ed alla proposta che vorrà presentare ai creditori, l'art. 18 sembra prospettare che già in quella prima audizione debbano essere individuate le misure idonee al superamento della crisi. Differenze che appaiono ampiamente giustificate sol che si consideri che nell'un caso, quello della domanda di concordato, il procedimento è ad iniziativa del debitore che con

quell'atto manifesta per la prima volta di essere in stato di crisi o di insolvenza, nell'altro, la convocazione dinanzi al collegio è il frutto di un procedimento iniziato a seguito di segnalazioni di soggetti qualificati che hanno portato a conoscenza dell'OCRI i segnali di crisi proprio perché il debitore non è stato in grado di porvi rimedio autonomamente. La brevità del tempo a disposizione del collegio e l'assenza di disposizioni che consentano al collegio medesimo o al relatore di interloquire con il debitore prima dell'audizione, fa supporre che nella prassi sarà il debitore a proporre gli strumenti più adatti ed il collegio a valutare la loro idoneità, sia pur prospettica, al fine della concessione del termine. Pur in assenza di un limite massimo, appare evidente che tale termine dovrà comunque essere contenuto onde non vanificare le necessarie esigenze di speditezza e celerità che devono caratterizzare la procedura di allerta. Alla scadenza del termine, se il debitore non ha ottemperato all'invito e quindi non ha assunto le iniziative individuate, il collegio redige una breve relazione e la trasmette al referente, il quale ne dà notizia a coloro che hanno effettuato la segnalazione, ai fini della assunzione delle iniziative ritenute da essi stessi opportune. L'ultimo comma stabilisce che, nel caso in cui il debitore presenti l'istanza di composizione assistita della crisi, il referente ne dà notizia ai soggetti pubblici qualificati tenuti alla segnalazione, avvertendoli che essi ne sono esonerati fino a quando il procedimento resta aperto.

2.2 La composizione assistita della crisi

La procedura di allerta è finalizzata a rilevare tempestivamente la crisi dell'impresa, ricercando, con l'ausilio degli organi di controllo o dello stesso OCRI – ma senza coinvolgere i creditori – una soluzione alla crisi mediante l'adozione di misure riorganizzative dell'attività imprenditoriale, diversa è la prospettiva dell'istituto della composizione assistita della crisi, al cui interno – nel presupposto che sia imprescindibile la ristrutturazione del debito – la soluzione viene ricercata mediante una trattativa con i creditori, favorita dall'intervento dell'OCRI che si pone come una sorta di mediatore attivo tra le parti. La crisi costituisce il presupposto oggettivo sia dell'allerta che della composizione assistita: nell'allerta viene in considerazione soltanto sotto il profilo economico mentre nella composizione assistita viene in rilievo anche un profilo “giuridico/negoziale” per il coinvolgimento dei terzi. E ciò in quanto la crisi quale presupposto oggettivo della composizione assistita coinvolge i terzi creditori cui viene chiesto di partecipare alla procedura e di contribuire al superamento della crisi con un sacrificio dei loro diritti di credito anche solo in termini di dilazione temporale. Se la crisi è il naturale presupposto oggettivo del procedimento di composizione non può naturalmente escludersi che il debitore formuli l'istanza quando si trovi già in uno stato di vera e propria insolvenza. Invero la stessa natura del procedimento che prevede, come detto, il coinvolgimento di terzi, presuppone che la crisi si sia esternalizzata e

quindi tradotta in inadempimenti e/o ritardi nei pagamenti, con la conseguenza che sarà ben possibile che il ritardo nel deposito dell'istanza intercetti una situazione di vera e propria impossibilità di far fronte ai pagamenti con mezzi normali. Il che trova un riscontro testuale nell'art. 22 del CCII, dato che la segnalazione al PM, al fine della richiesta di apertura del procedimento di liquidazione giudiziale, costituisce un esito eventuale dell'infruttuoso esperimento della procedura di composizione assistita. Il procedimento di composizione della crisi può inserirsi nel troncone dell'allerta, quale suo logico sviluppo, dato che l'art. 19 del CCII prevede che l'istanza del debitore può essere formulata anche all'esito dell'audizione di cui all'art. 18 del CCII; il procedimento può però avviarsi in maniera del tutto autonoma rispetto all'allerta, sempre ad iniziativa del debitore, ancor prima della segnalazione delle allerte qualificate. Ricevuta l'istanza, il collegio fissa un termine non superiore a novanta giorni da utilizzare per ricercare una soluzione concordata con i creditori e incarica il relatore di seguire le trattative e quindi anche di farsi parte attiva, se necessario, per favorire l'accordo con l'autorevolezza che gli deriva dal suo ruolo. Il termine può essere prorogato fino ad un massimo di centottanta giorni solo se risulta che le trattative segnano un progresso verso la soluzione concordata. La proroga è chiaramente subordinata alla prova che le trattative procedono nella giusta direzione. A tal fine sarà fondamentale il ruolo del relatore, il quale potrà riferire al collegio sullo stato e sulle prospettive dell'accordo con i creditori. Il ruolo del relatore sarà assai delicato dato che la norma gli attribuisce una duplice funzione: di seguire le trattative ed anche di farsi parte attiva delle stesse ove necessario. Ruolo quest'ultimo che appare centrale dato che il successo della procedura dipenderà anche dalla capacità del collegio e per esso del relatore di farsi garante con i terzi cercando una soluzione che contempererà le esigenze del debitore e dei creditori. Ruolo attivo del collegio che può riguardare la stessa documentazione del debitore. Avviate le trattative, il secondo comma prescrive che nel più breve tempo possibile il collegio acquisisca dal debitore una relazione aggiornata sulla situazione economica e finanziaria dell'impresa ed un elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali e personali, con l'indicazione dell'ammontare dei crediti e delle eventuali cause di prelazione; in alternativa, su istanza del debitore che non sia in condizioni di produrre la suddetta documentazione, il collegio può provvedere esso stesso a redigerla, suddividendo, se del caso, i compiti tra i vari componenti conformemente alle diverse professionalità. La ragione dell'acquisizione della relazione e della richiamata documentazione si spiega con l'opportunità di avere elementi utili a valutare l'andamento e i possibili sbocchi delle trattative, ma anche a preconstituire la documentazione necessaria nell'ipotesi che si profili la soluzione dell'accesso ad una procedura concorsuale, così realizzandosi evidenti economie di tempi e costi procedurali in linea con il principio di delega di cui all'articolo 4, comma 1, lettera l), della legge n. 155/17. Se all'esito delle trattative il debitore raggiunge un accordo con i

creditori, esso va formalizzato per iscritto e depositato presso l'OCRI, che può consentirne la visione e l'estrazione di copie solo a coloro che l'hanno sottoscritto. Ove le descritte formalità vengano osservate, l'accordo ha la stessa efficacia del piano attestato di risanamento, con ciò che ne consegue in termini di esenzione dalla revocatoria in caso di successiva liquidazione giudiziale. Presupposto evidente di tale beneficio è che l'accordo sia stato raggiunto con la supervisione e l'approvazione del collegio, il quale quindi si rende garante sia della veridicità dei dati aziendali che della fattibilità delle azioni programmate per l'adempimento dell'accordo. In definitiva il procedimento di composizione assistita non è una procedura concorsuale quanto piuttosto uno strumento attraverso il quale si può raggiungere un accordo stragiudiziale fra debitore e creditori che è idoneo a superare la crisi (ovvero l'insolvenza) accordo parificabile, quanto agli effetti, al piano attestato di risanamento.

2.3 La segnalazione dell'OCRI

L'articolo 22 CCII, rubricato: "Segnalazione al PM", disciplina l'obbligo di segnalazione al Pubblico Ministero da parte del Referente dell'OCRI nei seguenti casi: 1) se il debitore non compare per l'audizione fissata davanti al Collegio di Esperti ai sensi dell'articolo 18, primo comma, CCII; 2) se, dopo l'audizione, il debitore non deposita l'istanza di composizione assistita della crisi di cui all'articolo 19, comma primo, senza che sia stata disposta dal Collegio l'archiviazione di cui all'articolo 18, comma terzo; 3) se, infine, dopo avere proposto istanza di composizione assistita della crisi, all'esito delle trattative, il debitore non deposita la domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza nel termine assegnatogli ai sensi dell'articolo 21, comma primo, CCII.

La norma attua una precisa indicazione della legge delega, contenuta all'art. 4, comma 1, lettera b): "prevedere che, qualora il collegio non individui misure idonee a superare la crisi e attesti lo stato di insolvenza, l'organismo ne dia notizia al pubblico ministero presso il tribunale del luogo in cui il debitore ha sede, ai fini del tempestivo accertamento dell'insolvenza medesima".

Deve ritenersi che si tratti di ipotesi tassative, nel senso che in questi casi deve attivarsi l'obbligo di segnalazione ove ne ricorrano i presupposti. Ciò non toglie che si possa prevedere, attraverso specifici protocolli, che la segnalazione venga effettuata anche in altre ipotesi sempre che, naturalmente sia la prova della sussistenza dello stato d'insolvenza. Una segnalazione potrebbe, ad esempio, prevedersi, per il caso di cui all'articolo 18, comma quinto, CCII, ovvero quello del debitore che, allo scadere del termine fissatogli dal Collegio di Esperti dell'OCRI, ometta di assumere qualunque iniziativa finalizzata al superamento della crisi.

Nei casi sopra specificati dall'art. 22 CCII, qualora il Collegio dell'OCRI ritenga che gli elementi acquisiti rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore, deve segnalarlo con relazione motivata al Referente dell'OCRI, che ne dà notizia al Pubblico Ministero presso il Tribunale competente ai sensi dell'articolo 27 CCII, con atto redatto secondo la normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. Il decreto correttivo ha integrato la disposizione precisando che il collegio effettua tale segnalazione "se non risulta che il debitore ha comunque depositato domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza". Precisazione opportuna dato che in quel caso il PM avrà notizia della domanda ai sensi dell'art. 40 comma 3 CCII e potrà esercitare nell'ambito della procedura tutti i poteri d'iniziativa riconosciutigli dalla legge. L'inutilità della segnalazione in pendenza di una procedura di composizione della crisi o dell'insolvenza è resa evidente dalla considerazione che il Codice ha positivizzato nell'art. 7 comma 2 il principio della prioritaria trattazione delle procedure dirette a regolare la crisi dell'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale. Con la conseguenza che, in pendenza della procedura di composizione della crisi o dell'insolvenza, il PM non potrebbe comunque esercitare l'azione prima della definizione della procedura pendente. L'art. 22 CCII non prevede una segnalazione diretta del Collegio di Esperti dell'OCRI al PM, ma prescrive che essa venga veicolata al Referente, il quale, a sua volta, la inoltrerà mediante PEC al PM presso il Tribunale competente in base al "COMI", ovvero al luogo in cui il debitore ha il centro dei suoi interessi principali. Deve ritenersi che il mancato rispetto di tale trafila non determini alcuna nullità del procedimento e che quindi il PM sia legittimato a richiedere l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale anche nell'ipotesi in cui la segnalazione dell'insolvenza provenga, erroneamente, direttamente dal Collegio di Esperti dell'OCRI. Invero a fronte di un potere d'iniziativa generalizzato come quello affermato dall'art. 38 comma 1 CCII, nessuna rilevanza potrebbe attribuirsi al mancato coinvolgimento formale del referente nella trasmissione dell'informativa.

2.4. L'iniziativa del P.M.

2.4.1. Premessa.

Tale segnalazione segna il primo momento di coinvolgimento della autorità giudiziaria nella concreta vicenda imprenditoriale posto che, in precedenza, il Pubblico Ministero non deve essere informato dell'esistenza della procedura di composizione della crisi presso l'OCRI, né tanto meno di quella d'allerta essendo quest'ultima procedura caratterizzata da profili operativi volti a garantirne la riservatezza e la confidenzialità. Di tale disposizione vanno sottolineati due aspetti. Il primo è che la norma fa esplicito riferimento ad un potere di valutazione da parte del Pubblico Ministero della "notizia di

insolvenza”. Il secondo è che la norma invita il P.M. ad esercitare i suoi poteri tempestivamente, ed addirittura gli assegna un tempo massimo di 60 giorni per presentare la sua (eventuale) richiesta di apertura della liquidazione giudiziale. Con riferimento al primo profilo il riferimento ad un potere di valutazione da parte del Pubblico Ministero della “notizia di insolvenza”, non esplicitato nella norma a carattere più generale di cui all’articolo 38 CCII, farebbe pensare ad un diverso ambito di discrezionalità tra le due norme, nel senso che solo l’articolo 22 CCII sembrerebbe espressamente prevedere la possibilità per il PM di disporre l’archiviazione per infondatezza della segnalazione di insolvenza. Soluzione interpretativa che appare insostenibile dal punto di vista sistematico, anche a fronte del silenzio della norma generale, dell’art. 38 CCII. Il potere discrezionale del PM è identico in tutte le ipotesi in cui riceva una segnalazione d’insolvenza. Invero da una parte non vi sarebbero ragioni logiche o giuridiche per distinguere le segnalazioni dell’autorità giudiziaria ex art. 38 CCII da quelle di cui all’articolo 22, CCII, provenienti anch’esse da un organo qualificato che ha avuto modo di conoscere in maniera particolarmente penetrante le ragioni e le dinamiche della crisi d’impresa oggetto del suo intervento. Dall’altra la norma in bianco dettata dal primo comma della disposizione in forza della quale “Il pubblico ministero presenta il ricorso per l’apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell’esistenza di uno stato di insolvenza”, rende evidente come l’attività di “filtro” delle segnalazioni sarà fondamentale soprattutto nelle ipotesi ordinarie dell’art. 38 CCII, a fronte dell’inevitabile aumento delle segnalazioni d’insolvenza, soprattutto di quelle provenienti anche da soggetti non professionalmente qualificati ed attrezzati. Valutazione della fondatezza della notizia *decoctionis* che dovrà essere effettuata con grande attenzione al fine di scongiurare il rischio che l’obbligo di segnalazione ex art. 22 CCII costituisca un serio disincentivo al ricorso alla procedura di composizione assistita della crisi. Il termine di sessanta giorni è da ritenersi ordinatorio e non perentorio, con la conseguenza che i ricorsi per l’apertura della liquidazione giudiziale presentati dal PM fuori da tale termine non potranno essere dichiarati inammissibili dal Tribunale. Sebbene l’art. 152 cpc disponga che i termini stabiliti dalla legge siano ordinatori, salvo che questa li dichiari espressamente perentori, non si può dalla norma dedurre che, ove manchi un’esplicita dichiarazione in tal senso, debba senz’altro escludersi la perentorietà del termine, dovendo pur sempre il giudice indagare se, a prescindere dal dettato della norma, un termine per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, debba essere rigorosamente osservato a pena di decadenza e sia quindi perentorio (così Cass. 17978/2008). Nel caso di specie non è previsto espressamente né che il termine sia perentorio né è prevista alcuna sanzione espressa di decadenza. Peraltro, in tutti gli altri casi di segnalazione di insolvenza comunque acquisita, il PM può presentare, senza alcun termine, ricorso per l’apertura della procedura di liquidazione giudiziale. In ogni caso, dal mancato rispetto di tale termine

potrebbe discendere una qualche responsabilità per il PM, per le conseguenze derivanti dalla ritardata apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

2.4.2. Ambito, finalità e modalità dell'intervento del P.M. Profili operativi.

Come già accennato il P.M. rimane all'oscuro dell'esistenza della procedura di composizione della crisi presso l'OCRI sino a quando non riceve la segnalazione, ai sensi dell'art. 22 CCII, dell'infuato esito della procedura e, quindi, «quando ritiene fondata la notizia di insolvenza, esercita tempestivamente, e comunque entro sessanta giorni dalla sua ricezione, l'iniziativa di cui all'art. 38 comma 1».

L'intervento del PM è previsto soltanto nell'ipotesi patologica, quando cioè siano naufragate le ipotesi di soluzione "negoziale" e sia emersa una situazione di vera e propria insolvenza dell'impresa. Quindi, deve ritenersi escluso ogni potere di intervento e di controllo del PM in *itinere* durante lo svolgimento fisiologico delle trattative di composizione. In altre parole, non è previsto che il PM possa formulare pareri nel corso delle procedure di composizione assistita della crisi.

L'intervento del PM è quindi finalizzato all'eventuale richiesta di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e presuppone sia il fallimento delle soluzioni alternative che la prova dello stato d'insolvenza. Invero in caso di conclusione positiva delle trattative per il componimento della crisi, ovverosia quando all'esito della procedura di composizione assistita viene concluso un accordo tra il debitore con i creditori coinvolti non è prevista alcuna comunicazione dell'accordo, tantomeno al PM, che potrebbe venire a conoscenza dell'originaria situazione di crisi e degli accordi intrapresi tra le parti solo in caso di successiva insolvenza del debitore e dell'eventuale esercizio dell'azione penale. Con riferimento a quest'ultimo profilo l'articolo 21, comma 4, CCII, prevede unicamente che gli atti della procedura di composizione assistita possono essere utilizzati nel corso di un procedimento penale. D'altra parte, in caso conclusione negativa delle trattative, l'intervento del PM è comunque condizionato dalla prova dell'insolvenza. Il che è reso evidente dalla norma che disciplina l'ipotesi in cui la trattativa per la composizione della crisi non si concluda positivamente perché l'accordo con i creditori non viene raggiunto ma permane una situazione di crisi, e non di evidente insolvenza. In tale caso, l'articolo 21 CCII prescrive, al comma 1, che: "se allo scadere del termine di cui all'articolo 19, comma 1, non è stato concluso un accordo con i creditori coinvolti e permane una situazione di crisi, il collegio di cui all'articolo 17 (ovverosia il collegio dell'OCRI) invita il debitore a presentare domanda di accesso ad una delle procedure previste dall'articolo 37 (le procedure regolatrici della crisi) nel termine di trenta giorni". Il comma 3 dell'articolo 21 CCII stabilisce che: "della conclusione negativa del procedimento di composizione assistita della crisi l'OCRI dà comunicazione ai soggetti di cui agli articoli 14 e 15 che non vi hanno partecipato".

Norma, questa ultima, dalla quale si evince che, dell'esito negativo della procedura di composizione assistita, avranno comunicazione solo gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione (articolo 14 CCII) ed i creditori pubblici qualificati rappresentati dall'Agenzia delle Entrate, dall'INPS e dall'agente della riscossione delle imposte (articolo 15 CCII), ma non il PM.

L'articolo 22 CCII rende chiara, comunque, la volontà del legislatore sulla doverosità e sulla tempestività dell'esame nel merito e dell'eventuale esercizio da parte del P.M. del suo potere di iniziativa a seguito della segnalazione dell'OCRI, ragion per cui tutti gli uffici dovranno organizzarsi per fornire una risposta adeguata nel termine indicato dalla norma e quindi depositare entro 60 giorni il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale ovvero un provvedimento motivato nel quale si illustrino le ragioni per le quali non si ritengono sussistenti i presupposti per la richiesta. Per favorire le modalità d'intervento del PM sarebbe opportuno stilare un protocollo con tutti gli Organismi di Composizione assistita della Crisi di Impresa insistenti sul territorio, sul modello di quelli già realizzati in molte realtà territoriali tra uffici della procura e tribunali. Protocolli che potrebbero prevedere la gestione del flusso informativo, dei documenti necessari all'analisi della fondatezza della segnalazione. E ciò in quanto l'articolo 21, comma 4, CCII, stabilisce che gli atti relativi al procedimento di composizione assistita della crisi ed i documenti prodotti o acquisiti nello stesso possono comunque essere utilizzati, oltre che nei procedimenti penali, anche nell'ambito della procedura di liquidazione giudiziale. Espressione quest'ultima che va intesa nel senso che la documentazione può essere acquisita ed utilizzata non soltanto nel corso della procedura, ma anche ai fini della presentazione della domanda di apertura della liquidazione giudiziale, in particolare da parte del PM a cui è stata effettuata la segnalazione ex art. 22 CCII. Il che è reso evidente da ragioni sistematiche sottese alla natura ed alla funzione della segnalazione dato che il PM, che potrà naturalmente ricercare ogni elemento di prova *aliunde*, dovrà valutare la fondatezza o meno della notizia d'insolvenza proprio analizzando, in primo luogo, gli atti ed i documenti prodotti o acquisiti nel procedimento di composizione della crisi. Atti e documenti che hanno determinato la segnalazione proveniente dall'OCRI. Deve quindi ritenersi pacifico che il PM, una volta ricevuta la segnalazione di insolvenza da parte del Referente dell'OCRI possa acquisire la relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, e l'elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali e personali, con indicazione dei rispettivi crediti e delle eventuali cause di prelazione, predisposti dal Collegio di esperti dell'OCRI ai sensi dell'articolo 19, comma secondo. Documentazione che, in forza dei richiamati protocolli, potrebbe essere sempre trasmessa, in automatico, unitamente alle segnalazioni effettuate ex articolo 22 CCII. Profilo operativo che appare particolarmente rilevante a fronte del termine di sessanta giorni per l'esercizio dell'iniziativa di cui all'art. 38, comma 1 CCII. I protocolli

potrebbero prevedere anche la possibilità di segnalazioni ulteriori rispetto a quelle doverose indicate dall'art. 22 comma 1, in altre ipotesi che manifestino delle condotte del debitore analoghe a quelle "tipizzate" dal legislatore, come, ad esempio, nel caso, già richiamato, dell'articolo 18, comma quinto, CCII, quando il debitore, allo scadere del termine fissatogli dal Collegio di Esperti dell'OCRI, ometta di assumere qualunque iniziativa finalizzata al superamento della crisi ove, naturalmente si abbia evidenza che non di crisi si tratti, ma di conclamata insolvenza. Sempre nell'ambito di tali protocolli sarebbe opportuna la predisposizione di "modelli" di segnalazione che evidenzino immediatamente quali siano gli elementi rivelatori dell'insolvenza ed indichino gli atti ed i documenti del procedimento dai quali l'OCRI ha desunto tali evidenze. Invero, ferma restando, naturalmente, l'autonoma attività istruttoria che il PM riterrà opportuno svolgere, una segnalazione su modelli standardizzati favorirebbe l'effettività e la tempestività dell'iniziativa del PM richiesti dalla norma.

3. La composizione negoziata della crisi, procedura introdotta con il decreto-legge n. 18/2021 convertito in legge 21 ottobre 2021 n. 147

Nel decreto-legge n. 118/2021, convertito in legge 21 ottobre 2021 n. 147, il rinvio al 31/12/2023 dell'allerta è in qualche modo "compensato" dall'introduzione di un nuovo strumento di ausilio alle imprese in difficoltà: la composizione negoziale della crisi. Istituto che dovrebbe sostituire, di fatto, le procedure di allerta e composizione della crisi ritenute non adeguate perché non consentirebbero quella necessaria gradualità nella gestione della crisi che è richiesta dalla situazione determinata dalla pandemia e rischierebbero di creare incertezze e dubbi applicativi in un momento in cui si invoca, da più parti, la massima stabilità nella individuazione delle regole.

Per quanto d'interesse il nuovo istituto non prevede a carico dell'esperto un meccanismo di segnalazione analogo a quello previsto per l'OCRI nel ricordato art. 22 CCII. Ne deriva che le segnalazioni al PM potranno provenire dall'autorità giudiziaria evocata dal debitore ogni qual volta richieda l'emissione di provvedimenti funzionali al buon esito della composizione negoziale. Coinvolgimento che può essere immediato qualora l'imprenditore chieda, contestualmente alla presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto, l'applicazione di misure protettive successivamente sottoposte alla conferma da parte del giudice. Il procedimento che si svolge a seguito del deposito del ricorso ed i procedimenti incidentali che possono essere instaurati innanzi allo stesso giudice per la successiva revoca, modifica o proroga dei provvedimenti concessi, **si tengono** innanzi al tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 del regio decreto n. 267/1942 e seguono le forme del procedimento cautelare uniforme. L'intervento dell'autorità giudiziaria è inoltre previsto se l'imprenditore intende ottenere finanziamenti prededucibili, se è necessario cedere l'azienda nel corso della procedura

ovvero rideterminare il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nel caso in cui non sia stato possibile raggiungere un accordo con i creditori per la loro modifica. In tutte queste occasioni ove l'autorità giudiziaria accerti che il debitore si trova in uno stato d'insolvenza sarà tenuta, ai sensi dell'art. 7 l. fall., a segnalarlo al PM. Circostanza che potrà sicuramente verificarsi dato che la norma sui requisiti oggettivi d'accesso alla procedura contenuta nell'art. 2 comma 1 fa un richiamo alle "condizioni di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza", evidenziando la volontà di introdurre una procedura "omnicomprensiva" che abbracci tutte le possibili tipologie della crisi, da quella appena iniziale all'insolvenza conclamata, sia pur potenzialmente reversibile. A tal proposito è facile prevedere che, soprattutto nei primi mesi di applicazione dell'istituto, sarà piuttosto elevato il numero di imprenditori che ricorreranno alla composizione negoziata della crisi. In caso di archiviazione della procedura per insolvenza irreversibile, l'assenza di un meccanismo di segnalazione autonomo, endogeno al procedimento, rappresenta sicuramente un profilo di grande criticità, che rende evidente come l'istituto non rappresenti una compensazione integrale dell'accantonamento delle procedure di allerta e composizione della crisi del CCII con riferimento alla tempestiva emersione dell'insolvenza. Tempestiva emersione che dipenderà esclusivamente, come detto, dalle segnalazioni degli organi giudiziari il che rende evidente l'assoluta indifferibilità dell'adozione di protocolli che assicurino un flusso di informazioni adeguate tra tribunali e procure della repubblica. Ai sensi dell'art. 6 comma 4 del dl. 118/2021 dal giorno della pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata. La pubblicazione dell'istanza non impedisce quindi, fino alla archiviazione dell'istanza che apre la composizione negoziata, l'instaurazione o la prosecuzione dei procedimenti per la dichiarazione di fallimento o per l'accertamento dello stato di insolvenza, ma soltanto l'apertura della procedura di liquidazione. Ne deriva che nel corso della procedura di composizione negoziata il PM potrà depositare l'istanza per la dichiarazione di fallimento, o mantenere ferma quella già depositata, ed anche richiedere, ove ne ricorrano le condizioni, le misure cautelari di cui all'art. 15 comma 8 l.fall.

4. Il Pubblico ministero nella liquidazione giudiziale.

4.1. Gli artt. 37 e 38 CCII: l'ampliamento oggettivo della legittimazione del P.M.

Gli articoli 37 e 38 del CCII danno puntuale attuazione al criterio direttivo previsto dall'articolo 2, comma 1, lett. d), della Legge Delega n. 155/2017, secondo cui bisognava prevedere "la legittimazione ad agire dei soggetti con funzioni di controllo e

di vigilanza sull'impresa, ammettendo l'iniziativa del pubblico ministero in ogni caso in cui egli abbia notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza".

In particolare, l'articolo 37, comma 1, CCII, riproducendo sostanzialmente quanto già previsto dall'articolo 6 L. Fall., prevede che: *"la domanda di accesso a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza è proposta con ricorso del debitore"*.

Il debitore è quindi sempre legittimato a proporre domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

La domanda di apertura della liquidazione giudiziale, invece, può essere presentata da una pluralità di soggetti, nel rispetto del principio della più ampia legittimazione ad agire di cui all'articolo 2, primo comma, lettera d), legge delega n. 155/2017, compresi, in modo innovativo, anche i soggetti con funzioni di controllo e vigilanza sull'impresa, declinati come organi (dunque interni alla organizzazione del debitore) e le autorità amministrative di controllo e vigilanza.

Il comma 2 dell'articolo 37 CCII dispone, quindi, che la domanda di apertura della liquidazione giudiziale può essere richiesta, oltre che dal debitore, anche dagli organi e dalle autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa, quindi anche dal Collegio sindacale, nonché da uno o più creditori o, infine, dal pubblico ministero.

L'articolo 38 CCII intitolato: *"Iniziativa del pubblico ministero"*, precisa al primo comma che: *"il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza"*, mentre il secondo comma della stessa norma aggiunge: *"l'autorità giudiziaria che rileva l'insolvenza nel corso di un procedimento la segnala al pubblico ministero"*.

Secondo la Relazione Illustrativa: *"la disposizione restituisce centralità al ruolo del PM, coerentemente con il ruolo attribuito a tale organo nelle procedure di allerta"*.

In realtà, come detto, il ruolo del PM rimane defilato nella fase dell'allerta e della composizione della crisi, venendo in gioco solo all'esito del fallimento delle procedure di composizione della crisi. Al di là di tale improprio richiamo deve quindi ribadirsi che come accade oggi nel fallimento, anche nella liquidazione giudiziale il ruolo del PM non attiene all'emersione della crisi ma dell'insolvenza così come definita (in continuità con l'art. 5 l. fall.) all'articolo 2, lettera b), CCII, cioè lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

La relazione illustrativa appare invece del tutto coerente nell'affermare che l'art. 38 CCII *"restituisce centralità al ruolo del PM"*.

Attualmente l'art. 7 comma n. 1) L. Fall. come riformato dal D.lgs., n. 5 del 2006 prevede che il Pubblico Ministero possa presentare l'istanza per la dichiarazione di fallimento di un soggetto debitore quando giunga a conoscenza del suo stato di insolvenza durante lo svolgimento di un procedimento penale, o dalla fuga, dalla

irreperibilità e dalla latitanza dell'imprenditore, o ancora quando accerti la chiusura dei locali dell'impresa, il trafugamento, la sostituzione o la diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte del debitore.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità (principi di diritto ben riassunti da dall'ordinanza della Corte n. 26405 del 2017), riguardo alla legittimazione del P.M. ex art. 7 l.fall., la norma si limita a richiedere "che la *notitia decoctionis* sia stata appresa nel corso di indagini comunque legittimamente svolte, finanche nei confronti di soggetti diversi o collegati all'imprenditore medesimo, e a prescindere dai tempi di approfondimento investigativo direttamente incidenti sulla società insolvente" (Cass. Civ. 2228/2017; Cass. Civ. 8977/2016, 17903/2015, 9260/2011), a fronte di "un'univoca direzione ermeneutica in ordine alla nozione di procedimento penale, non coincidente con il processo penale in senso stretto, cioè il mero segmento processuale in cui sia stata già esercitata l'azione penale", che "ha trovato una sua collocazione ordinamentale proprio con l'ampia ricognizione dell'insolvenza, quale individuabile anche in altre ipotesi dell'attività del P.M. [...] siano esse di direzione dell'investigazione, rappresentanza nei processi o destinatarietà di informazioni." (Cass. Sez. U. Civ., 9409/2013; Cass. Civ. 26043/2013, 18277/2015, 8903/2017); in concreto, la stessa ordinanza ha escluso la possibilità, per il giudice fallimentare, "di sindacare la legittimità dell'indagine penale o della più ampia attività investigativa che da essa tragga comunque fonte (circostanza nella specie peraltro materialmente sussistente, avendo l'approfondimento preso le mosse dalle falsità contestate all'imputato per debiti della società)".

Si tratta di un orientamento di legittimità costantemente confermato (Cass. Civ. 646/2019) sull'assunto che "la ratio dell'art. 7 una volta venuto meno il potere del tribunale di dichiarare o officiosamente il fallimento, è chiaramente nel senso di estendere la legittimazione del P.M. alla presentazione della richiesta in tutti i casi nei quali l'organo abbia istituzionalmente appreso la *notitia decoctionis*" (Cass. 10679/2014, 23391/2016), con la conseguenza che "il riferimento contenuto nel n. 1) dell'art. 7 L. Fall. al riscontro della *notitia decoctionis* "nel corso di un procedimento penale" non deve essere interpretato nel senso riduttivo, prospettato nel motivo di ricorso, non essendo necessaria la preventiva iscrizione di una *notitia criminis* nel registro degli indagati a carico del fallendo o di terzi", né rilevando che esso si sia concluso "con esito favorevole alle persone sottoposte alle indagini" (Cass. 20400/2017, 8977/2016).

Sussiste quindi la legittimazione del P.M. alla presentazione della richiesta ex art. 7 L.fall. "anche nel caso in cui la sua iniziativa abbia preso avvio, nell'esercizio delle sue attività istituzionali, sulla base della lettura degli atti relativi ad un procedimento iscritto a modello 45 ed all'esito di indagini investigative delegate alla Guardia di Finanza" (Cass., ord. 28.10.2019 n. 27539).

La chiara dizione della norma rende altresì evidente come la pendenza di un procedimento penale non sia un presupposto indefettibile per l'esercizio dell'azione dato che *“in tema di iniziativa del P.M. per la dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 7, n. 1, della Legge Fall., la doverosità della sua richiesta può fondarsi dalla risultanza dell'insolvenza, alternativamente, sia dalle notizie proprie di un procedimento penale pendente, sia dalle condotte, del tutto autonome indicate in tal modo dalla congiunzione "ovvero" di cui alla norma che non sono necessariamente esemplificative né di fatti costituenti reato né della pendenza di un procedimento penale, che può anche mancare”* (Cass., 08.03.2016, n. 4529; per medesime considerazioni Cass. 18.03.2015, n. 5447).

Il PM presenta la richiesta di cui al primo comma dell'art. 6 l.fall. anche quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile.

Secondo la Corte *“il nuovo art. 7 L. Fall., va letto nel senso che, ove un giudice civile, nel corso di un procedimento civile, rilevi l'insolvenza di un imprenditore "deve" farne segnalazione al Pubblico Ministero, e, specularmente, il pubblico ministero presenta la richiesta di cui all'art. 6, comma 1, L. Fall., quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento”*, e precisando che per *“giudice civile”* deve intendersi anche il tribunale fallimentare, che abbia rilevato l'insolvenza nel corso di un procedimento prefallimentare ex articolo 15 L. Fall., anche se definito per desistenza del creditore istante (Cass., 14.06.2012, n. 9781, orientamento poi confermato dalle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, con sentenza del 18.04.2013 n. 9409).

In definitiva può ritenersi oramai consolidato il principio secondo cui il P.M. può agire anche su segnalazione dello stesso Tribunale fallimentare che, qualora il procedimento finalizzato alla dichiarazione di fallimento non si concluda con una decisione nel merito, può disporre, ai sensi del citato art. 7, la trasmissione degli atti al P.M. medesimo, affinché valuti se instare per la dichiarazione di fallimento, senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di terzietà del giudice, di cui all'art. 111 Cost., per il solo fatto che il tribunale sia chiamato una seconda volta a decidere sul fallimento dell'imprenditore a seguito di richiesta del P.M. conseguente alla segnalazione da parte dello stesso giudice (Cass. 18.03.2015, n. 5447).

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno adottato un'interpretazione estensiva dell'espressione *“procedimento civile”* da intendersi in senso lato, comprensivo dei procedimenti speciali e dell'esecuzione forzata, e tenendo in considerazione non solo gli ordinari procedimenti di cognizione, ma anche quelli speciali, come i procedimenti monitori o di sfratto per morosità, e quelli esecutivi, all'interno dei quali lo stato di insolvenza può emergere più facilmente.

In tale senso si veda Cass. Civ. 17.09.2015, n. 18277, secondo cui: “la formulazione generale dell'art. 7 legge fall., che riconduce il potere di iniziativa del P.M. alla segnalazione dell'insolvenza - atto privo di contenuto decisorio, neppure come esito di una deliberazione sommaria - proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile senza la previsione di eccezioni e limiti di sorta, non consente di escludere dalla previsione medesima eventuali segnalazioni effettuate nell'ambito di procedure esecutive”.

Pare dunque corretto concludere che, nel sistema delineato dalla riforma fallimentare, caratterizzato dall'abbandono di ogni iniziativa giudiziale officiosa, l'ambito residuo di tutela dell'interesse pubblico alla rilevazione dell'insolvenza è stato soggettivamente ristretto all'iniziativa fallimentare del pubblico ministero, ma oggettivamente ampliato secondo le nuove direttrici dell'art. 7 L. Fall.

L'articolo 38 CCII segna l'ultimo approdo di questo oggettivo ampliamento sia con riferimento all'iniziativa autonoma del PM, sia riguardo a quella derivante dalla segnalazione di un giudice.

Il primo comma dell'art. 38 CCII secondo cui “il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza” non contiene più alcuno specifico riferimento alle modalità di apprensione della notizia medesima da parte del PM.

L'art. 38 CCII rappresenta quindi una chiara novità rispetto all'art. 7 l.fall. che fa riferimento al procedimento penale, come luogo “naturale” di acquisizione di tale notizia, ma anche all'alternativa rappresentata dall'elencazione casistica degli altri possibili sintomi da cui il PM avrebbe potuto acquisire la *notitia decoctionis*, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore. L'unico presupposto è quindi che la *notitia decoctionis* sia stata acquisita dal PM nell'ambito della sua attività istituzionale, e non attraverso una mera ricerca di iniziativa ex novo dell'insolvenza.

Attività istituzionale che comporta anche la legittimazione a chiedere l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, con la conseguenza che tale legittimazione, non più limitata alle ipotesi tipiche dell'art. 7 comma 1 l. fall., potrà essere esercitata anche a seguito di segnalazioni di terzi, diverse ed ulteriori rispetto a quelle dell'autorità giudiziaria.

Segnalazioni che potranno provenire, in primo luogo, da creditori che intendano, per varie ragioni, “delegare” al PM il vaglio e l'eventuale deposito dell'istanza.

Il che potrà accadere, ad esempio, nell'ipotesi dei crediti dei lavoratori dipendenti nei confronti del datore di lavoro incapiente, ipotesi nelle quali l'istanza di apertura della procedura di liquidazione rappresenta, sovente, soltanto un “costo” necessario per accedere al fondo di garanzia dell'INPS.

Segnalazioni della sussistenza di uno stato d'insolvenza che potranno provenire anche da organi di controllo nell'ipotesi in cui gli stessi, pur non volendo assumere la responsabilità di proporre direttamente l'istanza, comunichino la *notitia decoctionis* al PM al fine di eludere o comunque alleviare la loro eventuale futura responsabilità.

Medesimo ampliamento oggettivo, rispetto all'attuale disciplina, si riscontra anche nel secondo comma dell'art. 38 del CCII in forza del quale "l'autorità giudiziaria che rivela l'insolvenza nel corso di un procedimento lo segnala al pubblico ministero".

Al pari di quanto già visto con riferimento al primo comma, la segnalazione al PM da parte del giudice viene svincolata dai vincoli soggettivi e procedurali di cui all'art. 7 comma 2 l.fall. che pone l'obbligo della segnalazione di insolvenza il solo giudice che l'abbia rilevata "nel corso di un procedimento civile".

L'art. 38, secondo comma, CCII, fa riferimento all'"autorità giudiziaria", senza, quindi, alcuna distinzione né tra quella ordinaria e speciale, né, nell'ambito di quella ordinaria, tra settori di appartenenza, con la conseguenza che tutti i giudici avranno l'obbligo di segnalare l'insolvenza rilevata nell'ambito di un qualunque "procedimento", che potrà, dunque, essere anche un procedimento amministrativo o tributario o di qualsiasi altro tipo. In definitiva, come accennato, il legislatore delegato ha effettivamente restituito "centralità al ruolo del P.M.", come indicato nella Relazione illustrativa all'art. 38 CCII.

4.2. Estensione della procedura ai soci illimitatamente responsabili

Ulteriore novità della riforma è costituita dall'iniziativa nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, scoperti successivamente alla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale della società.

Il comma 4 dell'art. 147, co. 4 l. fall., come novellato dalla riforma del 2006, non menzionava tra i soggetti legittimati il P.M.

Il comma quarto dell'art. 256 del codice della crisi legittima il PM a proporre il ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti dei soci illimitatamente responsabili nei casi in cui dopo l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale della società risulti l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili.

L'articolo 256, comma 5, CCII stabilisce che: "allo stesso modo si procede quando, dopo l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di un imprenditore individuale o di una società, risulta che l'impresa è riferibile ad una società di cui l'imprenditore o la società è socio illimitatamente responsabile". Quindi, in caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale, se si accerta che l'impresa è, in realtà, riferibile ad una società di fatto, di cui la società in liquidazione è socio illimitatamente responsabile, il tribunale deve disporre l'estensione della procedura di

liquidazione giudiziale anche nei confronti della società di fatto così accertata e degli altri soci illimitatamente responsabili della stessa.

L'articolo 256, comma 6, CCII, prevede che, nel giudizio di eventuale reclamo avverso il rigetto della domanda di estensione, deve partecipare il curatore, il creditore, il socio o il pubblico ministero che abbia proposto la domanda di estensione, nonché il creditore che abbia proposto il ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione.

4.3. Obbligatorietà o facoltatività dell'azione del PM.

Pur in assenza di un'espressa previsione in tal senso (come quella contenuta nell'art. 22 CCII), il Pubblico Ministero sarà libero di valutare la segnalazione di insolvenza e di decidere autonomamente sulla sussistenza dei presupposti della insolvenza stessa. La necessità di un "filtro" efficace da parte degli uffici della procura sarà ancor più necessaria alla luce della considerazione che l'entrata in vigore del CCII determinerà un significativo aumento delle segnalazioni per l'esercizio dell'azione volta alla apertura della procedura di liquidazione giudiziale, anche da parte di soggetti non professionalmente attrezzati in materia concorsuale.

Ciò posto ci si deve domandare se il PM sia, comunque, obbligato a richiedere senza indugio l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale laddove i presupposti di fondatezza della *notitia decoctionis* siano da lui riscontrati.

Prima della riforma del 2006, secondo l'orientamento prevalente, in presenza delle situazioni tassativamente previste, il pubblico aveva l'obbligo di chiedere il fallimento, la previsione normativa del 1942 era infatti "*deve richiedere*". L'orientamento che concludeva per l'obbligatorietà si fondava su un'interpretazione letterale della norma ma d'altro canto la considerazione che a legittimare l'azione del pubblico ministero degli affari civili fosse uno stato *di insolvenza risultante in sede penale* ove il pubblico ministero legittimato era quello che "procedeva contro l'imprenditore" ben giustificava l'affermazione dell'obbligatorietà dell'azione civile in linea con l'obbligatorietà dell'azione penale ad essa collegata.

Con la riformulazione dell'art. 7 l.fall, a seguito dell'art. 1, comma 6 lett. a) legge n. 80/05, la sostituzione di "deve" con il termine "presenta" costituisce argomento di per sé sufficiente a sostenere la facoltatività dell'iniziativa. Secondo alcuni autori l'obbligo rimarrebbe nel caso del previo o contemporaneo esercizio dell'azione penale. Sotto tale profilo indicazioni normative nel senso dell'obbligatorietà sono state tratte dal combinato disposto degli artt. 217 n. 4 – che sanziona l'inadempimento dell'obbligo di chiedere il fallimento- e 238 l. fall. coordinati con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Osservazioni analoghe a quelle formulate con riferimento all'articolo 7 l.fall potrebbero estendersi alla previsione di cui all'articolo 38 del codice della crisi, trasposti gli articoli

217, comma IV e l'art. 238 l. fall. nell'art. 323, comma IV e nell'art. 346 codice della crisi, ciò solo però in detti casi.

In ogni caso si ritiene sia ancora valida l'osservazione formulata dopo la riforma del 2006 secondo cui l'esercizio del potere di iniziativa rientra senz'altro tra i compiti del pubblico ministero con tutte le conseguenze sotto un profilo deontologico derivanti dall'inerzia ingiustificata.

4.4. La competenza

La competenza del tribunale all'apertura della liquidazione giudiziale è determinata ai sensi dell'art. art. 27 CCII in base al luogo dove l'imprenditore commerciale **svolge l'attività principale**. Va considerato come non sia rilevante la competenza per territorio del Pubblico Ministero richiedente bensì quella del tribunale, della quale soltanto si occupano sia la legge fallimentare che il CCII radicandola (art. 9 l.fall; art. 27 CCII) nel luogo in cui l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa. Dal disposto dell'art. 37 e 38 CCII si trae solo che il Pubblico Ministero è legittimato alla richiesta per dichiarazione di fallimento in tutti i casi nei quali abbia istituzionalmente appreso la "notizia decoctionis", ne deriva che il P.M. dell'ufficio non competente deve trasmettere gli atti al P.M. presso il tribunale competente Non può comunque costituire ostacolo alla procedibilità della richiesta di declaratoria di liquidazione giudiziale il fatto che essa sia stata indirizzata ad un tribunale diverso da quello presso il quale il Pubblico Ministero richiedente esercita le sue funzioni nell'ambito dei procedimenti penali a norma dell'[art. 51 c.p.p.](#) (cfr. Cass. 20400/2017 in relazione ad analoga questione, naturalmente riferita alla disciplina della legge fallimentare).

4.5. Il ricorso

Mutata la legittimazione il *potere di azione del P.M.* nei casi di cui all'art. 38 non è stato modificato dalla riforma. La richiesta continua ad avere il valore di **domanda giudiziale** come emerge del tenore dell'articolo 346 codice della crisi (art. 238 l. fall.) che, non attinto dalla riforma, qualifica domanda il ricorso diretto ad ottenere la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale.

L'atto di iniziativa del pubblico ministero è equiparato al **ricorso dei creditori**, per lo specifico richiamo al PM contenuto nell'art. 37.

Il ruolo di parte processuale del P.M. è reso esplicita dal fatto che egli deposita, al pari delle parti private, un ricorso e non una mera istanza. La soluzione era, del resto, già stata fatta propria implicitamente in tema di amministrazione straordinaria dall'art. 3 d.lgs. 270/99, che ha parificato l'iniziativa del P.M. per la dichiarazione dello stato di

insolvenza a quella dei creditori, dovendo entrambe tali forme di iniziativa esplicitarsi nella forma del ricorso.

Il termine ricorso di cui all'art. 37, utilizzato in via generale a differenza di quanto previsto dall'art. 6, che distingueva l'atto introduttivo ricorso per le parti e richiesta per il pm determina ora una totale equiparazione sia formale che sostanziale tra il ricorso dei creditori e quello della parte pubblica, tranne, ovviamente, la necessità che lo stesso sia sottoscritto dal difensore munito di procura. Con la conseguenza che non dovrebbe essere più ammissibile una richiesta non formalizzata nella forma del ricorso ex art. 40 CCII ovvero orale e non motivata, priva, cioè, dell'esplicazione delle ragioni che facciano ritenere che il debitore si trovi in uno stato d'insolvenza.

4.6. La notifica

La notifica è effettuata a cura della cancelleria del tribunale ai sensi del quinto comma dell'art. 40 CCI all'indirizzo del servizio elettronico di recapito certificato qualificato o di posta elettronica certificata del debitore risultante dal registro delle imprese ovvero dall'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata (INI-PEC) delle imprese e dei professionisti. L'esito della comunicazione è trasmesso con modalità telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata del ricorrente. Quando la notificazione a mezzo di posta elettronica certificata di cui al comma 5 non risulta possibile o non ha esito positivo per causa imputabile al destinatario, il ricorso e il decreto sono notificati senza indugio, a cura della cancelleria, mediante il loro inserimento nell'area web riservata ai sensi dell'articolo 359. La notificazione si ha per eseguita nel terzo giorno successivo a quello in cui è compiuto l'inserimento. 7. Quando la notificazione non risulta possibile o non ha esito positivo, per cause non imputabili al destinatario, la notifica, a cura del ricorrente, si esegue esclusivamente di persona a norma dell'articolo 107, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 15 dicembre 1959, n. 1229, presso la sede risultante dal registro delle imprese o, per i soggetti non iscritti nel registro delle imprese, presso la residenza. Quando la notificazione non può essere compiuta con queste modalità, si esegue con il deposito dell'atto nella casa comunale della sede che risulta iscritta nel registro delle imprese ovvero presso la residenza per i soggetti non iscritti nel registro delle imprese, e si perfeziona nel momento del deposito stesso. Per le persone fisiche non obbligate a munirsi del domicilio digitale, del deposito è data notizia anche mediante affissione dell'avviso in busta chiusa e sigillata alla porta dell'abitazione o dell'ufficio e per raccomandata con avviso di ricevimento.

La norma, in attuazione di un obbligo di comunicazione telematica, che dovrebbe essere la regola generale per instaurare il contraddittorio in base all'articolo 2, comma 1, lettera i), legge delega n. 155/2017, aggiunge, rispetto al testo dell'articolo 15 l. fall.,

che prevede solo la PEC, la modalità di notifica presso l'indirizzo del servizio di recapito certificato qualificato.

Ciò risolve definitivamente le problematiche connesse alle incombenze di notifica del ricorso del PM e rende quindi illegittima ogni altra forma di notificazione del ricorso diversa da quelle stabilite dall'art. 40 CCII, quali, ad esempio, quelle, ancora oggi sovente utilizzate nella prassi, effettuate mediante il ricorso alla polizia giudiziaria.

Modalità quest'ultima che sarà ancora possibile utilizzare soltanto nell'ipotesi di abbreviazione dei termini ex art. 41 CCII disposta dal presidente del tribunale o dal giudice relatore da lui delegato con decreto motivato, se ricorrono particolari ragioni di urgenza. In tali casi, infatti, il presidente del tribunale o il giudice da lui delegato può disporre che il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza siano portati a conoscenza delle parti con ogni mezzo idoneo, omessa ogni formalità non indispensabile alla conoscibilità degli stessi, ivi compresa, quindi la "notificazione" tramite la polizia giudiziaria.

Interpretazione che appare in linea con quanto affermato dalla suprema corte nella vigenza dell'attuale disciplina, con specifico riguardo alla notifica del ricorso per fallimento, la L. Fall., art. 15, comma 5, che consente al presidente del tribunale, in presenza di particolari ragioni d'urgenza, non solo di abbreviare i termini di convocazione del debitore ma anche di disporre che il ricorso ed il decreto di fissazione dell'udienza siano portati a conoscenza del destinatario con ogni mezzo idoneo, omessa ogni formalità che non sia indispensabile a rendere quegli atti conoscibili. È quindi valida la comunicazione al debitore del decreto di convocazione avvenuta, in base a quanto disposto con specifico provvedimento del presidente del tribunale, per il tramite di un ufficiale di polizia giudiziaria, anziché nelle forme della notifica di cui all'art. 136 c.p.c. e segg. (in questi termini Cass. su 2243/2015; Cass. 22151/10).

4.7. La partecipazione del PM al procedimento

In assenza di elementi di novità a riguardo, deve ritenersi che la mancata partecipazione del Pubblico Ministero richiedente all'udienza non incida di per sé, *de iure*, sulla persistenza della richiesta. Invero nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, quando l'iniziativa sia stata assunta dal Pubblico Ministero, affinché il giudice possa pronunciarsi nel merito è sufficiente che il ricorso sia stato ritualmente notificato all'imprenditore, sicché è irrilevante la mancata partecipazione della parte pubblica all'udienza prefallimentare, non potendosi trarre da una simile condotta alcuna volontà, anche solo implicita, di rinunciare o desistere all'istanza presentata (Cass. 12537/2017); ciò in coerenza con il generale principio secondo cui, ove la parte non si presenti all'udienza conclusiva del procedimento al fine di rappresentare al giudice le proprie

istanze finali, vale la presunzione che la stessa abbia voluto tenere ferme le conclusioni precedentemente formulate (Cass. n. 22360/2013, Cass. 11222/2018).

4.8. L'intervento del PM nella procedura per l'apertura della liquidazione giudiziale

Il decreto correttivo è intervenuto sull'articolo 38 CCII, concernente l'iniziativa del pubblico ministero. La norma è stata interamente riscritta al fine di inserirvi un terzo ed un quarto comma: il primo rende esplicita la regola secondo la quale il pubblico ministero, così come è legittimato a proporre istanza di apertura della liquidazione giudiziale –per la liquidazione controllata provvede in modo autonomo l'articolo 268- può intervenire in tutti i procedimenti diretti all'apertura di una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

La norma di cui al terzo comma dell'art. 38 CCII secondo la quale il P.M. «può intervenire in tutti i procedimenti diretti all'apertura di una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza» è una specificazione del principio generale di cui all'art. 70 comma 5 cpc. secondo cui il PM può intervenire in ogni causa in cui ravvisa un pubblico interesse.

La norma sta a significare ed evidenziare che in tutti i procedimenti di regolazione della crisi sussiste un pubblico interesse che può astrattamente giustificare l'intervento del PM.

Intervento che si ricollega all'art. 40 comma 3 CCII che prescrive che la domanda di accesso alla procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza deve essere trasmessa, unitamente ai documenti allegati, al pubblico ministero.

Nella procedura di liquidazione giudiziale, l'articolo 41, comma 5, CCII prevede che il PM possa intervenire, mediante il deposito di memorie o di pareri, sino a che la causa non venga rimessa al collegio per la decisione.

La disposizione rappresenta, come ben esplicito nella relazione illustrativa, l'unica novità di rilievo del procedimento rispetto a quanto previsto dall'attuale art. 15 l. fall.

Nella vigenza dell'art. 7 l. fall., ai fini dell'incurabilità della partecipazione di tale organo come obbligatoria o facoltativa, si era tentato di catalogarla nell'ambito definitorio di cui all'art. 70 c.p.c. ovvero nell'ambito delle «*cause che egli stesso potrebbe proporre*». La tesi della partecipazione necessaria era tratta dall'*indisponibilità degli interessi* di indole generale e dall'*irrinunciabilità dell'azione*.

La tesi della facoltatività dell'azione era invece ancorata al dato normativo testuale di cui al secondo comma dell'art. 15, secondo cui nel procedimento interviene il P.M. che ha assunto l'iniziativa diretta all'apertura della liquidazione giudiziale, disposizione normativa che implicitamente escludeva l'intervento

La norma per garantire quanto più possibile la trattazione unitaria di più domande proposte nei confronti dello stesso debitore, prevede come possibile l'intervento nel

medesimo procedimento dei terzi che hanno legittimazione a proporre la domanda e del pubblico ministero, con la precisazione che tale intervento può avere luogo sino a che la causa non venga rimessa al collegio per la decisione.

Anche l'articolo 41, comma 5, CCII evidenzia un'estensione del potere di intervento del PM: l'organo pubblico può intervenire nella liquidazione, mediante il deposito di memorie e di pareri o anche presentandosi direttamente in aula di udienza. Tale intervento è possibile, così come specificato dallo stesso comma 5 dell'articolo 41 CCII, sino al momento in cui la causa non venga rimessa al collegio per la decisione.

Nonostante siano state rimosse le limitazioni all'azione di cui all'art. 15 e all'art. 22 l.fall. si deve escludere che si tratti di intervento necessario anche tenuto conto della mancata previsione di un generale onere di comunicare al PM ogni ricorso per la dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale, detta comunicazione è infatti prevista solo dall'art. 50 comma 4 con riferimento solo alla domanda del debitore. Previsione quest'ultima che evidenzia l'insussistenza dell'onere di comunicazione in capo al giudice, a pena di nullità *ex art. 71 c.p.c.* verso il P.M.

4.9. La rinuncia

L'articolo 43 CCII, intitolato: "Rinuncia alla domanda", prevede, al primo comma, che: "in caso di rinuncia alla domanda di cui all'articolo 40, il procedimento si estingue. È fatta salva la legittimazione del pubblico ministero intervenuto", aggiungendo, nel secondo comma: "sull'estinzione il tribunale provvede con decreto, e, nel dichiarare l'estinzione, può condannare la parte che vi ha dato causa alle spese. Il decreto è comunicato al pubblico ministero" L'articolo 43 CCII è norma generale del procedimento unitario, valida anche per la procedura di apertura della liquidazione giudiziale.

Secondo la Relazione illustrativa: "allo scopo di evitare un uso strumentale del potere di rinunciare alla domanda, è previsto che permanga comunque in capo al PM, che abbia partecipato al procedimento, il potere di chiedere la liquidazione giudiziale, senza necessità di proporre un nuovo ed autonomo ricorso". In tale senso dovendosi intendere il secondo inciso del primo comma dell'articolo 43 CCII secondo cui: "è fatta salva la legittimazione del pubblico ministero intervenuto".

La norma specifica che il PM già parte del procedimento può chiedere, l'apertura della liquidazione giudiziale "senza necessità di proporre un nuovo ed autonomo ricorso", quindi, ad esempio, anche oralmente ove la rinuncia sia stata formulata in udienza, norma che rappresenta quindi un'eccezione alla regola per la quale il PM, al pari di tutti gli altri soggetti legittimati, deve, di norma, depositare un ricorso nelle forme e nei modi di cui all'art. 40 CCII.

Ove la procedura di liquidazione giudiziale dovesse essere dichiarata estinta dal Tribunale con decreto, al PM deve essere data comunicazione del decreto che dichiara l'estinzione, al fine di consentirgli l'esercizio del suo potere di iniziativa fissato nell'articolo 38, comma 1, CCII.

La rinunciabilità o meno dell'azione può riguardare anche l'ipotesi in cui l'istanza sia stata promossa dallo stesso PM., essa dipende non soltanto dall'opzione prescelta riguardo all'obbligatorietà o facoltatività dell'iniziativa, perché, anche in caso si opti, per la doverosità, la rinuncia dell'azione deve essere quanto meno giustificata dall'essere in concreto venuto meno il presupposto fondante la richiesta. Nel CCII il Pubblico Ministero è parte processuale del procedimento a tutti gli effetti ed il suo diritto d'azione sorge in tutti i casi nei quali abbia istituzionalmente appreso la "notizia decozione", a prescindere dalla pendenza di un procedimento penale conseguentemente avviato. Dovrebbe quindi ritenersi superata quell'interpretazione che escludeva ogni capacità di formale o concludente ritrattazione dell'iniziativa, in capo al PM. Tale esclusione della rinuncia non implicava che venisse a mancare al P.M. (tanto più in ragione dell'impersonalità dell'organo) di prendere conclusioni diverse da quelle originariamente rassegnate con la «richiesta» nella quale il potere di iniziativa bensì che il potere di iniziativa di consuma con essa, al pari dell'iniziativa che il PM esercita con l'azione penale.

D'altronde una tale rinuncia non avrebbe carattere definitivo considerato che all'esito del procedimento, in ipotesi di desistenza, come di rinuncia, non si forma alcun giudicato, potendo il ricorso essere riproposto senza limiti (ovviamente ove ne siano i presupposti normativi), senza pregiudizio dunque per gli interessi pubblicistici sottesi.

In sostanza, la desistenza consiste in una mera rinuncia (temporanea) alla decisione nel merito, provenga essa dal creditore o dal pubblico ministero: la pronuncia del giudice, in presenza della rinuncia stessa, non può essere equiparata al rigetto che segue all'esame dell'istanza o richiesta di fallimento e dei suoi presupposti.

Pertanto, non si dà alcuna preclusione alla presentazione (e coltivazione) di una nuova istanza (Cass. 13909/2014).

Del resto, pare evidente la possibilità che, a seguito delle difese del debitore e delle risultanze istruttorie assunte ad istanza delle parti o d'ufficio il quadro di riferimento si riveli differente da quanto il P.m. aveva ritenuto con la richiesta di fallimento ed è quindi possibile che anche il P.m. riveda le sue posizioni.

Se quindi si ritenesse che in questo caso il P.m. non possa ritirare la richiesta ma limitarsi a chiedere al tribunale di pronunciare il rigetto della richiesta di apertura della liquidazione giudiziale, ne deriverebbe che il tribunale si troverebbe comunque investito della questione, e, dovendo decidere nel merito, ben potrebbe se ne ritenga esistenti i presupposti soggettivi ed oggettivi dichiarare la liquidazione giudiziale del debitore

4.10. Il reclamo del PM

Nell'originaria disciplina del r.d. 267/1941 si era affermato che negare al P.M. il diritto di impugnare, in una situazione in cui gli è riconosciuto il potere d'azione, si tradurrebbe in un'evidente compressione di tale potere, con disparità di trattamento rispetto all'analogo diritto riconosciuto al creditore istante per la dichiarazione di per l'apertura della liquidazione giudiziale in violazione degli articoli 3 e 24 Cost. La Corte di Cassazione (7 marzo 2007, n. 5220) ha considerato la richiesta del pubblico ministero ex art. 7 legge fall. espressione di un potere di azione, dal quale deriva per il giudice un obbligo di decisione. Situazione riconducibile alle evenienze in cui il legislatore riconosce un diritto di azione assumendo che l'interesse all'attuazione della legge, nel caso concreto, trascende quello dei privati, direttamente o indirettamente coinvolti, per investire la collettività o la pretesa punitiva dello Stato. Ragione per cui il pubblico ministero, nelle ipotesi disciplinate dall'art. 7 legge fall. doveva considerarsi anche legittimato a proporre reclamo ex art. 22 legge fall. in caso di rigetto dell'istanza di fallimento da parte del tribunale. La questione della legittimazione a proporre reclamo avverso il provvedimento di rigetto della istanza. di fall. è stata poi risolta dal legislatore con la riforma dell'art. 22 l.fall. che prevede espressamente la legittimazione a proporre il reclamo e menziona il creditore richiedente.

L'art. 50, secondo comma CCII, in tema di reclamo contro il provvedimento che rigetta la domanda di apertura della liquidazione giudiziale individua in capo al pubblico ministero un generale potere di impugnativa.

Anche sotto tale profilo si registra l'ampliamento dei poteri del pubblico ministero rispetto alla legge fallimentare, l'art. 22, secondo comma limitava infatti, come detto, il potere di reclamo al pubblico ministero che aveva proposto il ricorso.

4.11. L'intervento del PM in appello

L'art. 38 comma 4 CCII consente al rappresentante del pubblico ministero intervenuto in uno dei procedimenti per l'apertura della liquidazione giudiziale di partecipare al successivo grado di giudizio quale sostituto del procuratore generale presso la corte di appello. Ciò sul modello tracciato dall'art. 570, comma 3, del codice di procedura penale, allo scopo di valorizzare le conoscenze già acquisite in merito alla procedura dal magistrato che ha seguito il procedimento nel primo grado di giudizio

La partecipazione è disposta dal procuratore generale presso la Corte di appello qualora lo ritenga opportuno. Gli avvisi spettano in ogni caso al procuratore generale.

Con tale disposizione di natura ordinamentale è stata risolta la questione sorta nella vigenza dell'art. 22 l.fall. con riguardo alla partecipazione al giudizio sul reclamo.

L'esercizio delle funzioni di P.M. nel giudizio di reclamo spettava infatti in assenza di tale disposizione al procuratore generale presso la Corte di appello ai sensi dell'art. 70 r.d. n. 12/1941.

Peraltro, la costituzione in appello (secondo grado) del procuratore della Repubblica, in luogo del P.G., non determina la nullità della sentenza sull'impugnazione, ma soltanto la nullità della costituzione del P.M., della quale può dolersi esclusivamente il soggetto che avrebbe dovuto presenziare al giudizio [Cass. 19214/09]

La previsione di cui al quarto comma dell'art. 38 CCII introduce una deroga alla norma dell'art. 70, co. 1, ord. giud., ai sensi del quale *«le funzioni del pubblico ministero presso la Corte suprema di Cassazione e presso le corti d'appello sono esercitate da procuratori generali della Repubblica e presso i tribunali da procuratori della Repubblica»*. Il successivo co. 3 stabilisce che *«i procuratori generali, gli avvocati generali presso le sezioni distaccate di corte d'appello e i procuratori della Repubblica esercitano le loro funzioni personalmente o per mezzo dei dipendenti magistrati addetti ai rispettivi uffici»*.

Pertanto, salvo deroghe espressamente previste (ricorso nell'interesse della legge; impugnazione nei casi previsti nei co. 3 e 4 dell'art. 72 c.p.c.), legittimato a proporre l'impugnazione è l'ufficio del pubblico ministero funzionante presso il giudice che ha pronunciato la sentenza, anche se, proposta l'impugnazione, chi deve poi compiere che può su richiesta presenziare al giudizio di appello. Ne deriva altresì che, quando il P.M. sia titolare della legittimazione ad impugnare, l'atto di impugnazione deve essere notificato sia al P.M. presso il giudice *a quo* che a quello presso il giudice dell'impugnazione.

4.12. La liquidazione giudiziale di “gruppo”

Con riferimento alla competenza non sorge evidentemente problema se tutte le imprese del gruppo abbiano la sede nella circoscrizione dello stesso tribunale. Quando esse abbiano sede in circondari diversi, qualora la domanda di accesso alla procedura sia presentata contemporaneamente da più imprese dello stesso gruppo, è competente il tribunale individuato ai sensi dell'articolo 27 CCII, in relazione al centro degli interessi principali della società o ente o persona fisica che, in base alla pubblicità prevista dall'articolo 2497-bis c.c., esercita l'attività di direzione e coordinamento oppure, in mancanza di tale dichiarazione pubblicitaria, dell'impresa che presenta la maggiore esposizione debitoria in base all'ultimo bilancio approvato. Se, invece, vi siano più domande, e le diverse imprese del gruppo hanno il proprio centro degli interessi principali in circoscrizioni giudiziarie diverse, il tribunale competente è quello dinanzi al quale è stata depositata la prima domanda di liquidazione giudiziale. Nel formulare tale criterio, l'articolo 287, comma 4, CCII, non distingue tra domanda presentata in

proprio dalle imprese del gruppo o domande presentate da un terzo legittimato, ovvero uno o più creditori o il Pubblico Ministero. Con la conseguenza che tale criterio di priorità temporale varrà anche per il PM, nel caso di deposito di più domande.

4.13. L'intervento del PM nelle altre procedure concorsuali.

La disciplina dettata per le procedure degli accordi di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo non prevede una disposizione analoga a quella dettata dall'art. 41 comma 5 per la liquidazione giudiziale.

Lacuna che è ora colmata dalla generale previsione contenuta nell'art. 38 comma 3 CCII, dovendosi quindi ritenere che il PM, nelle procedure di regolazione concordata della crisi e/o dell'insolvenza, oltre al potere di chiedere, nei casi espressamente previsti dalla legge, l'inammissibilità, la revoca dell'ammissione, il diniego di omologa ha, più in generale un potere/dovere di interlocuzione con le parti delle stesse procedure, con il Giudice Delegato e con il Tribunale, potere/dovere che può esercitare, anche in questo caso, mediante il deposito di memorie e di pareri.

La previsione del dovere di comunicazione indiscriminato per tutte le domande di accesso alle procedure di regolamentazione della crisi o dell'insolvenza, unitamente al potere generale d'intervento di cui all'art. 38 comma 3 CCII evidenzia la novità della disciplina del Codice che supera lo stretto legame esistente nella legge fallimentare tra intervento e legittimazione a richiedere il fallimento, conferendo al PM un autonomo potere di impulso e di azione.

L'articolo 38 comma 3 CCII oltre ad ampliare il potere d'azione del PM nel concordato preventivo, anche nella fase successiva alla domanda con riserva ex art. 44 CCII, rende altresì manifesto il suo potere di interlocuzione mediante pareri ed osservazioni nel corso della procedura di omologa dell'accordo di ristrutturazione

Dal combinato disposto degli artt. 38 comma 3 e 40 comma 3 CCII non deriva comunque alcun obbligo per il PM di partecipare al procedimento. La trasmissione della domanda corredata degli atti depositati funge, quindi, solo da strumento conoscitivo della instaurazione della procedura, mentre sarà onere del PM valutare l'opportunità dell'intervento.

Né dall'eventuale mancata partecipazione del PM al procedimento potrebbe derivare alcuna nullità dello stesso.

Invero a tal proposito devono ritenersi ancora attuali, le considerazioni che a tal proposito ha svolto la suprema corte con riferimento alla partecipazione del PM alla procedura di concordato preventivo: "nel procedimento di concordato preventivo (ed anche nella sua fase impugnatoria) non può farsi discendere dalla prevista comunicazione al Pubblico Ministero della domanda di concordato, prevista dall'articolo 161, comma 5, L. Fall., alcuna partecipazione necessaria di tale organo a

pena di nullità, non avendo questi il potere di promuovere tale procedimento. La citata comunicazione, infatti, assolve solo allo scopo di consentire eventuali controlli nell'interesse pubblico alla verifica della regolarità della procedura, potendo il P.M. prendere parte alla camera di consiglio indetta dal tribunale per ogni audizione del debitore, in quella o altra sede, instare per la richiesta di fallimento, esplicitare poteri di sollecitazione ed introdurre elementi di fatto nei diversi incidenti di reversione nell'"iter" del progetto concordatizio, ma sempre all'interno della facoltatività del suo intervento" [cfr. Cass. civ., sez. 1, sent. n. 5074 del 28.02.2017, Rv. 644457-01; e, più di recente, in conformità, Cass. civ., Sez. 1, ord. n. 6093 del 13.03.2018, Rv. 647755 – 01].

4.14. Ambito, finalità e modalità dell'intervento del P.M. Profili operativi

Le nuove previsioni legislative contenute nel CCII devono stimolare gli uffici di Procura ad un profondo rinnovamento culturale, ed all'adozione di quelle misure organizzative, che consentano ai singoli magistrati del Pubblico Ministero l'esercizio corretto e tempestivo delle loro prerogative in tema di controllo di legalità sulle dinamiche del sistema economico, favorendo ad un tempo l'efficacia della attività investigativa sul crimine economico ed il recupero di efficienza delle procedure concorsuali sia sotto il profilo della tutela del credito che della conservazione degli assets aziendali, profili che sono profondamente correlati alla tempestività della rilevazione della crisi d'impresa.

Poiché è facilmente prevedibile che l'entrata in vigore del CCII determinerà un significativo aumento delle segnalazioni per l'esercizio dell'azione volta alla apertura della procedura di liquidazione giudiziale, alcune delle quali, come detto, avranno un carattere particolarmente "precettivo", appare necessario che gli uffici delle procure si attrezzino in questa prospettiva.

In questa prospettiva è quindi essenziale dare delle precise indicazioni alle procure affinché vi sia un'adeguata organizzazione interna per la gestione di tali affari e si realizzino in tutti gli uffici giudiziari dei protocolli d'intesa tra procure e tribunali al fine di regolamentare e quindi testare l'effettività e la tempestività dell'iniziativa del PM a seguito della segnalazione ex art. 38 comma 2 CCII, sul modello di quelle già in uso, in molti uffici giudiziari, con riferimento alle segnalazioni ex art. 7 l.fall.

Poiché il legislatore nell'art. 38 comma 2 CCII ha utilizzato termini omnicomprensivi riferendosi all'"autorità giudiziaria" ed al "procedimento" allo scopo di coinvolgere l'intero sistema giustizia nel perseguimento dell'obbiettivo della tempestiva emersione, appare evidente come simili protocolli d'intesa dovranno essere stipulati anche con giudici amministrativi e "speciali", come ad esempio le commissioni tributarie.

L'obbiettivo è quello di delineare delle prassi virtuose, connotate da ragionevole stabilità e quindi in grado di orientare l'attività degli uffici della procura anche a fronte

delle criticità che possono derivare dal fisiologico mutamento dei magistrati addetti alla materia, ferme ovviamente restando la periodica verifica delle soluzioni individuate e l'autonomia del magistrato nelle opzioni interpretative del dettato legislativo, che possano interagire con i profili essenzialmente organizzativi-funzionali delle linee guida elaborate, e con riferimento all'eventuale peculiare specificità del caso concreto.

Nel contempo l'individuazione e pubblicizzazione delle linee guida, assicurando la conoscenza preventiva da parte di tutti i soggetti interessati del *modus operandi* degli uffici della procura risponde anche ad un'esigenza di prevedibilità dell'azione giudiziaria in un settore nella quale essa è particolarmente avvertita.

In primo luogo gli uffici della procura dovranno occuparsi dell'efficiente gestione dei flussi in entrata, delle notizie *decoctionis* che con il CCII potranno provenire da: segnalazioni del Giudice della procedura di liquidazione (es. : a seguito di desistenza del creditore istante); - segnalazioni di altro giudice civile (es. : giudice del lavoro; giudice dell'esecuzione; giudice civile che emette decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo); segnalazioni di altro giudice penale; segnalazioni di altro giudice (amministrativo, tributario); - Altri procedimenti penali (reati tributari e previdenziali, truffe, appropriazioni indebite); - segnalazioni dell'OCRI: in vista dell'entrata in vigore del CCII si dovrebbe indicare, come detto, a tutte le procure l'opportunità di stipulare protocolli di collaborazione con le camere di commercio al fine di predisporre dei modelli standard di segnalazione e di trasmissione dei dati qualora il Collegio dell'OCRI ritenga che gli elementi acquisiti rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore; istanze di terzi (lavoratori; sindaci).

In secondo luogo, dell'acquisizione dei dati informativi essenziali relativi ai flussi in entrata.

Nel caso di segnalazione proveniente dalla sezione che si occupa delle liquidazioni giudiziali o da altro giudice civile nel protocollo andrebbe prevista la possibilità, ove il PM lo ritenga necessario della trasmissione e/o visibilità dell'intero fascicolo.

A tal proposito sarà opportuno dare indicazione affinché il protocollo operativo disciplini altresì, ove ciò sia possibile, le modalità operative relative al flusso delle comunicazioni telematiche tra procura e tribunale e le modalità di visibilità del fascicolo civile in cui si intende valutare l'esercizio delle prerogative di legge tramite l'apposita funzionalità della Consolle PM.

Analoghe modalità operative di trasmissione delle informazioni dovranno essere previste con riferimento alle segnalazioni provenienti dai giudici amministrativi o tributari.

Nel caso di segnalazione proveniente dall'OCRI nel protocollo va prevista la trasmissione dell'intero fascicolo aperto con l'istanza di allerta e/o per la procedura di composizione assistita.

Con riferimento alle segnalazioni di reati fiscali dell'agenzia delle entrate e dell'INPS andrebbe prevista l'allegazione di una certificazione aggiornata sulle pendenze dei debiti fiscali e/o contributivi.

In tutti gli altri casi è necessario acquisire autonomamente un adeguato corredo informativo.

Per assicurare omogeneità a tale fondamentale attività istruttoria sarebbe opportuno prevedere che gli uffici della procura debbano acquisire la documentazione indicata dall'art. 42 del CCII: "Fermo quanto disposto dall'articolo 39 (che attiene agli obblighi del debitore che chiede l'accesso a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza) a seguito della domanda di apertura della liquidazione giudiziale o del concordato preventivo, la cancelleria acquisisce, mediante collegamento telematico diretto alle banche dati dell'Agenzia delle entrate, dell'Istituto nazionale di previdenza sociale e del Registro delle imprese, i dati e i documenti relativi al debitore individuati all'articolo 367 e con le modalità prescritte nel medesimo articolo. A sua volta, l'art. 367 CCII dispone che:

- 1. nei procedimenti di cui all'articolo 42 del CCII, le pubbliche amministrazioni che gestiscono le banche dati del Registro delle imprese, dell'Anagrafe tributaria e dell'Istituto nazionale di previdenza sociale trasmettono direttamente e automaticamente alla cancelleria, mediante il sistema di cooperazione applicativa ai sensi del CCII dell'amministrazione digitale, i dati e i documenti di cui ai commi 2, 3 e 4.
- 2. il Registro delle imprese trasmette alla cancelleria 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. Ulteriori informazioni e documenti possono essere individuati con decreto non avente natura regolamentare del Ministero della giustizia, di concerto con il Ministero dello sviluppo economico.
- 3. L'Agenzia delle entrate trasmette alla cancelleria 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. Con decreto del direttore generale della giustizia civile d'intesa con il direttore generale dell'Agenzia delle entrate possono essere individuati ulteriori documenti e informazioni.
- 4. l'Istituto nazionale di previdenza sociale trasmette alla cancelleria le informazioni relative ai debiti contributivi. Con decreto del direttore generale della giustizia civile d'intesa con il presidente del predetto Istituto possono essere individuati ulteriori documenti e informazioni. Norma che dovrebbe comportare l'immediata acquisizione di tali informazioni fin dalla pubblicazione del CCII perché ai sensi dell'art. 42 comma 2 "Fino al momento in cui l'articolo 367 acquista efficacia, la cancelleria provvede

all'acquisizione dei dati e documenti indicati al comma 1 mediante richiesta inoltrata tramite posta elettronica certificata”.

5. Il Pubblico ministero nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nel concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

La disciplina dell'intervento del Pubblico ministero nel procedimento civile relativo alla domanda di concordato preventivo nel codice della crisi riproduce, sostanzialmente, quella attualmente prevista nella legge fallimentare.

Art. 40 (Domanda di accesso alla procedura): comma 3 [...] *La domanda, unitamente agli allegati, è trasmessa al pubblico ministero.*

Art. 43 (Rinuncia alla domanda): comma 1 *In caso di rinuncia alla domanda di cui all'art. 40 il procedimento si estingue. È fatta salva la legittimazione del pubblico ministero intervenuto;* comma 2 *Sull'estinzione il tribunale provvede con decreto e, nel dichiarare l'estinzione, può condannare la parte che vi ha dato causa alle spese. Il decreto è comunicato al pubblico ministero.*

Art. 44 (Accesso al concordato preventivo e al giudizio per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione): comma 2 *Il tribunale, su segnalazione del commissario o del pubblico ministero, con decreto non soggetto a reclamo [...]. revoca il provvedimento concessione dei termini quando [...].*

Art. 45 (Comunicazione e pubblicazione del decreto di concessione dei termini): comma 1 *Entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, il decreto di concessione dei termini per l'accesso al concordato preventivo o per il deposito degli accordi di ristrutturazione di cui all'articolo 44, comma 1, lettera a), è comunicato al debitore, al pubblico ministero e ai richiedenti l'apertura della liquidazione giudiziale.*

Art. 47 (Apertura del Concordato preventivo): comma 3 *Il Tribunale, quando accerta la mancanza delle condizioni di ammissibilità e fattibilità di cui al comma 1, sentiti il debitore, i creditori che hanno proposto domanda di apertura della liquidazione giudiziale ed il pubblico ministero, con decreto motivato dichiara inammissibile la proposta e, su richiesta di uno dei soggetti legittimati, dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale.*

Art. 92 (Il Commissario Giudiziale): comma 5 *il commissario giudiziale comunica senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni.*

Art. 105 (Operazioni e relazione del commissario): comma 1 *Copia della relazione è trasmessa al pubblico ministero;* comma 3 *Copia della relazione integrativa è trasmessa al pubblico ministero;* comma 5 *Analoga relazione integrativa viene redatta qualora emergano informazioni che i creditori devono conoscere ai fini dell'espressione*

del voto. Essa è comunicata ai creditori almeno quindici giorni prima della data iniziale stabilita per il voto ed è trasmessa al pubblico ministero.

Art. 106 (Atti di frode e apertura della liquidazione giudiziale in corso di procedura): comma 1 il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, che provvede ai sensi dell'art. 49 comma 2, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori...; comma 2 Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche quando il debitore compie atti non autorizzati o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte l'apertura del concordato previste agli articoli da 84 e 88; comma 3 All'esito del procedimento, il tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, apre la procedura di liquidazione giudiziale dei beni del creditore.

5.1. Segue: le disposizioni del cd. correttivo

Il decreto correttivo ha rafforzato i poteri del Pubblico Ministero, essendo stato introdotto il nuovo comma 3 all'art. 38 CCI.

È stato, infatti, specificatamente attribuito al Pubblico ministero il potere di intervenire in tutti i procedimenti diretti all'apertura di una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza (liquidazione giudiziale, concordato preventivo, accordi di ristrutturazione).

È, inoltre, disposto che (tutte) le relazioni del commissario giudiziale debbono essere trasmesse, indipendentemente dall'acquisizione di notizie di reato, al Pubblico ministero al fine di poter facilitare il potere di intervento nella procedura di concordato preventivo (art. 105, comma 1, 3 e 5, CCI).

5.2 L'intervento del Pubblico ministero.

La partecipazione del Pubblico ministero nelle procedure in esame non è prevista a pena di nullità.

L'intervento del Pubblico ministero nella procedura di concordato preventivo è, dunque, facoltativo ai sensi dell'art. 70, comma 3, c.p.c. "... [Il pubblico ministero] ... *Può infine intervenire in ogni altra causa in cui ravvisa un pubblico interesse*".

Il pubblico interesse ravvisabile nelle cause di composizione, anche volontaria, della crisi, è quello dell'ordine pubblico economico e dei principi ad esso relativo (*par condicio creditorum*, tutela dei creditori deboli e dei lavoratori, verifica del rispetto delle leggi e delle procedure).

I mutamenti politici e culturali degli ultimi decenni hanno fatto diventare anacronistica la nozione tradizionale di interesse pubblico, tanto che la moderna dottrina parla di interessi pubblici emergenti.

Questa nuova concezione di interesse pubblico deve guidare il pubblico ministero nella scelta di intervento ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 70 c.p.c.

Oggi, tra gli interessi pubblici da tutelare, si può senz'altro configurare l'interesse pubblico all'emersione anticipata della crisi di impresa, che, peraltro, è un interesse sovranazionale. La Direttiva 2019/1023 del 20.6.2019, già entrata in vigore e con termine di recepimento da parte degli Stati fissato al 17.7.2021, al Considerando n. 3 prevede che le imprese non sane, che non hanno prospettive di sopravvivenza, devono essere liquidate il più presto possibile.

Tornando al concordato preventivo, una volta che il pubblico ministero si determini ad intervenire, la sua posizione non è più solamente quella di soggetto intervenuto per vigilare il rispetto della legge, ma quella di vera e propria parte: il pubblico ministero interviene esercitando i poteri *ex art. 72 c.p.c.* partecipando alle udienze davanti al Collegio (o davanti al G.D. delegato all'audizione) ovvero producendo documenti, deducendo prove quali la relazione di un suo consulente, prendendo conclusioni e proponendo domande anche oltre quelle proposte dalle parti private, potendo chiedere il fallimento dell'impresa.

Stante la non automatica consequenzialità tra concordato e liquidazione, il Pubblico ministero che interviene nella procedura non necessariamente deve richiedere il fallimento del debitore, potendosi anche limitare ad argomentare in merito ai motivi per i quali ritiene che il debitore non possa essere ammesso alla procedura, o perché il concordato debba essere revocato. L'istanza di apertura di liquidazione, quindi, è un atto concettualmente e funzionalmente autonomo, anche se può essere contenuto in un unico documento processuale, contenente sia le deduzioni in merito al concordato preventivo, che l'istanza di fallimento.

Al ruolo di parte è connesso anche il potere di impugnazione del provvedimento non favorevole alla sua richiesta.

5.3 Un'altra possibile ipotesi di intervento

L'art. 48, comma 2, CCI prevede un potere di opposizione di qualsiasi interessato all'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Interessato è senz'altro anche il Pubblico ministero.

Il potere di opporsi si propone mediante la presentazione di memorie depositate entro il termine perentorio di almeno 10 giorni prima dell'udienza. Il contenuto del parere che esprime il Pubblico ministero è disciplinato dall'art. 48, comma 3, CCI, sì che il primo punto riguarderà sicuramente la fattibilità del piano.

L'importanza di attribuire al Pubblico ministero il potere di opporsi all'omologazione si ricava da quanto disposto dal medesimo art. 48, comma 6, CCI, secondo cui: *“se il tribunale non omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione, dichiara con sentenza, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, l'apertura della liquidazione giudiziale”*.

In base alla previsione dell'art. 48, comma, cit., si potrebbe ritenere, inoltre, che il Pubblico ministero possa esprimere un parere anche prima della fissazione dell'udienza per il giudizio di omologa ovvero anche prima della concessione dei termini di cui all'art. 44 da parte del Tribunale, ovvero formulare una memoria contenente osservazioni critiche sulla situazione economia dell'impresa.

Ciò si ricava anche dalla previsione dell'art. 47, comma 3, CCI (v. *infra*). Se, infatti, il Pubblico ministero deve essere sentito al momento della decisione sull'ammissibilità della domanda di concordato, logica vuole che analoga possibilità debba essergli concessa anche nella fase precedente, concedendogli di intervenire con proprie osservazioni, come ora espressamente riconosciuto dall'art. 38, comma 3: intervento e possibilità di presentare memorie non possono, infatti, che stare e cadere insieme.

5.4 L'accesso alle procedure di regolazione della crisi (o dell'insolvenza)

Ai sensi dell'art. 40, comma 3, CCI la domanda ad una qualunque delle procedure di regolazione della crisi (o dell'insolvenza) deve essere, unitamente ai documenti allegati, trasmessa al pubblico ministero.

Poiché quando il debitore effettua la domanda di cui all'art. 37, deve depositare una serie di documenti rilevanti sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa (v. art. 39) e tali documenti vengono allegati alla domanda e trasmessi al Pubblico ministero, quest'ultimo avrà modo di poter analizzare tali documenti e verificare l'eventuale esistenza di ipotesi di reato, tra cui quelle indicate negli artt. 341 ss. CCI.

Con specifica disposizione finalizzata a garantire la funzionalità del controllo preventivo del Pubblico ministero è previsto, poi, dall'art. 45, comma 1, CCI, l'obbligo di comunicazione allo stesso organo inquirente del decreto di concessione dei termini per l'accesso al concordato preventivo o al giudizio per l'omologazione per il deposito degli accordi di ristrutturazione di cui all'articolo 44, comma 1, lettera a), CCI.

Insieme alla possibilità di intervenire perseguendo ipotesi di reato già consumate avviando un apposito procedimento penale, il Pubblico ministero in questa fase di regolazione della crisi è chiamato a svolgere un ulteriore ed importante compito, ovvero quello di segnalazione e di monitoraggio dell'andamento della procedura con la finalità di evitare – a differenza di quanto accade per la fase della composizione della crisi – che eventuali condotte di frode o illecite vengano portate ad ulteriori conseguenze dannose.

Si tratta con tutta evidenza di un potere di controllo, quello introdotto con il CCI, dal sapore preventivo (speciale e generale) prima che punitivo.

Ai sensi dell'art. 44, comma 2, infatti, il Pubblico ministero (e il commissario giudiziale) possono (devono) segnalare al Tribunale ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi. Attraverso questa segnalazione il Pubblico ministero può provocare la revoca del provvedimento di concessione dei termini entro i quali il debitore deposita la proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'art. 39, comma 1, oppure gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Questa previsione merita di essere sottolineata perché nel contesto dell'attuale legge fallimentare manca il potere di revoca del provvedimento concessorio da parte del Tribunale, essendo previsto solo un potere di abbreviazione del termine *ex art. 161, comma 8, l. fall.*, quando *“risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano”*. Ed il Pubblico ministero non è ricompreso nell'alveo dei soggetti legittimati a sollecitare l'utilizzo di tale potere ufficioso.

La segnalazione del Pubblico ministero può, inoltre, portare il Tribunale, pur senza revocare il decreto di concessione dei termini, a revocare o modificare le misure protettive (divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari) in caso di atti di frode o quando accerta che l'attività intrapresa da debitore non è idonea a pervenire alla regolazione della crisi e dell'insolvenza, nel senso di idoneità al deposito della domanda di accesso al concordato preventivo o della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 55, comma 4).

5.5. Il deposito del piano di concordato.

A seguito del deposito del piano e della proposta di concordato, il tribunale, come dispone l'art. 47, comma 1, verificata l'ammissibilità giuridica della proposta e la fattibilità economica del piano ed acquisito, se non disponga già di tutti gli elementi necessari, il parere del commissario giudiziale: a) nomina il giudice delegato; b) nomina ovvero conferma il commissario giudiziale; c) stabilisce, in relazione al numero dei creditori, alla entità del passivo e alla necessità di assicurare la tempestività e l'efficacia della procedura, la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione, anche utilizzando le strutture informatiche messe a disposizione da soggetti terzi e fissa il termine per la comunicazione del provvedimento ai creditori; d) fissa il termine perentorio, non superiore a quindici giorni, entro il quale il debitore deve depositare nella cancelleria del tribunale la somma, ulteriore rispetto a quella versata ai sensi

dell'articolo 44, comma 1, lettera d), pari al 50 per cento delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura ovvero la diversa minor somma, non inferiore al 20 per cento di tali spese, che sia determinata dal tribunale.

Entro il giorno successivo dal deposito in cancelleria (art. 45, comma 1) decreto è comunicato e pubblicato al debitore, al Pubblico ministero e agli eventuali richiedenti l'apertura della liquidazione giudiziale e nello stesso termine deve essere trasmesso a cura della cancelleria al Registro delle Imprese ove il debitore ha la sede legale (se questa differisce dalla sede effettiva anche presso quello corrispondente al luogo in cui la procedura è aperta) ai fini della sua iscrizione.

Quando accerta la mancanza delle condizioni di ammissibilità e fattibilità il tribunale, sentiti il debitore, i creditori che hanno proposto domanda di apertura della liquidazione giudiziale ed il pubblico ministero, con decreto motivato dichiara inammissibile la proposta e, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 47, comma 3).

Qualora la domanda di concordato preventivo è dichiarata inammissibile, è legittima, inoltre, la segnalazione dell'insolvenza del proponente operata dal tribunale nei confronti del Pubblico ministero, il quale, acquisita la "*notitia decoctionis*", ben potrà sollecitare la sua dichiarazione di liquidazione giudiziale, poiché la legittimazione a richiederlo ai sensi dell'art. 47, comma 3, CCI non esclude quella prevista dall'art. 38, comma 2, CCI, essendo il procedimento di concordato preventivo un "procedimento civile" ai sensi di quest'ultima norma (Cass. civ., Sez. 1, sent. 20 gennaio 2021, n. 976).

5.6 La rinuncia alla domanda di concordato preventivo.

Un'importante novità del CCI è costituita dal fatto che i subprocedimenti che si instaurano nel corso del concordato non sono nella disponibilità della parte, che non può evitare l'intervento del pubblico ministero e la richiesta di apertura della liquidazione giudiziale rinunciando al concordato.

L'art. 43, comma 1, infatti, fa salva (in caso di rinuncia alla domanda) la legittimazione del pubblico ministero intervenuto.

Con l'aggiunta dell'aggettivo "intervenuto" la norma pone l'equivoco circa la necessità che l'intervento del Pubblico ministero sia precedente alla rinuncia, con la riproposizione del dubbio circa la legittimazione del Pubblico ministero che, dopo la richiesta di concordato in bianco e/o dopo il deposito del piano, non aveva espresso ancora alcun parere o non era intervenuto in alcun modo.

Se così letta la norma farebbe rivivere la possibilità di paralizzare l'operato del commissario giudiziale che segnala criticità rinunciando alla domanda, per prendere tempo.

Ed infatti, solo in caso di rinuncia alla domanda dopo l'apertura del procedimento di revoca di cui all'art. 173 l. fall., il Pubblico ministero ha sempre il potere di formulare,

prima che il tribunale dichiari l'improcedibilità, la richiesta di fallimento, in quanto la detta rinuncia, senza determinare la cessazione automatica del procedimento concordatario, non elimina il potere di iniziativa del Pubblico ministero fondato sulla ravvisata esistenza di atti di frode (Cass. civ., Sez. 1, ord. 7 dicembre 2020, n. 27936).

È opportuno, quindi, che l'intervento del Pubblico ministero sia sempre eseguito, una volta comunicata la domanda di concordato, se non con un parere, anche con una semplice presa d'atto ("il p.m. prende atto della domanda di concordato in bianco, e si riserva il parere al momento del deposito del piano di concordato").

5.7 Gli atti in frode e la revoca del decreto di apertura del concordato preventivo

Ai sensi dell'art. 106, comma 1, CCI, il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, che provvede ai sensi dell'articolo 44, comma 2, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori.

Queste disposizioni si applicano anche quando il debitore non ha effettuato tempestivamente il deposito previsto dall'articolo 47, comma 1, lettera d), o compie atti non autorizzati o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'apertura del concordato previste agli articoli da 84 a 88.

All'esito del procedimento, il tribunale revoca il decreto di apertura della procedura di concordato preventivo, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, apre la procedura di liquidazione giudiziale.

5.8 L'iniziativa per l'apertura della liquidazione giudiziale.

Il Pubblico ministero è legittimato a chiedere la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale quando è decorso inutilmente o è stato revocato il termine di cui all'art. 44, comma 1, lettera a), quando il debitore non ha depositato le spese di procedura di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), ovvero nei casi previsti dall'art. 106 o in caso di mancata approvazione del concordato preventivo o quando il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione non sono stati omologati (art. 49, comma 2, CCI).

Tutto ciò coerentemente al principio espresso dall'art. 7, comma 2, CCI della prioritaria trattazione delle procedure dirette a regolare la crisi dell'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale. Con la conseguenza che, in pendenza della procedura di composizione della crisi o dell'insolvenza, il PM non potrebbe comunque esercitare l'azione prima della definizione della procedura pendente.

Questo porta, inoltre, a rilevare che la valutazione dell'insolvenza da parte del Pubblico ministero nella procedura concordataria non è diversa da quella che l'organo pubblico è chiamato a svolgere ai sensi dell'art. 38 CCI.

5.9. Risoluzione e annullamento

Gli artt. 119 e 120 CCI prevedono che la risoluzione e l'annullamento del concordato possano essere richiesti dal commissario o da uno dei creditori.

La formula legislativa (che non lo include) esclude che tra i legittimati attivi possa annoverato anche il Pubblico ministero, al quale viceversa, successivamente all'omologazione di una delle procedure di sovraindebitamento, sono attribuiti i più incisivi poteri di revoca dell'omologazione, quasi a bilanciare una presenza molto più "discreta" nella precedente fase.

5.10. Profili operativi: i flussi informativi tra Tribunali dell'insolvenza e procure della Repubblica. Il fascicolo dell'insolvenza

Come già visto, la domanda ad una qualunque delle procedure di regolazione della crisi (o dell'insolvenza) deve essere, unitamente ai documenti allegati, trasmessa al Pubblico ministero (art. 40, comma 3, CCI).

Ma ciò che conta sottolineare è che in questa fase preliminare potrà, e forse dovrà, essere aperto un fascicolo "civilistico" in cui far confluire tutti gli atti del concordato. Questo fascicolo dovrebbe essere autonomo rispetto all'eventuale parallelo procedimento penale iscritto a mod. 21 o 44.

Questo significa che si deve provvedere all'apertura - fino alla definizione della procedura negoziata - di un fascicolo "civilistico" anche nell'ipotesi di insolvenza rilevata da altro fascicolo penale, appositamente dedicato alla trattazione dell'insolvenza e, quindi, alla interlocuzione procedimentale con la fallimentare.

L'apertura di un fascicolo "civilistico" consente altresì di gestire più razionalmente le comunicazioni degli organi della procedura a seconda del loro oggetto e della loro finalità.

La previsione dell'art. 105, commi 1, 3 e 5, CCI, riguardante la comunicazione al Pubblico ministero delle relazioni del commissario giudiziale, deve infatti essere letta congiuntamente a quella dell'art. 92, comma 5, CCI, ivi prevedendosi, sempre a carico del commissario giudiziale, uno specifico obbligo di comunicazione al Pubblico ministero di tutti "*i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni*".

Sembra che il riferimento specifico alle indagini preliminari non debba essere interpretato in senso proprio, con riferimento cioè ad un procedimento aperto in

presenza di una precisa notizia di reato. Ciò perché la previsione non richiama i fatti-reato, ma utilizza il termine più generico di fatti che, dunque, possono essere anche analizzati nell'ambito di un procedimento avviato per fatti non costituenti reato.

Queste previsioni sembrano rappresentare un cambio di passo rispetto all'attuale impianto della legge fallimentare, orientando di fatto l'interlocuzione del commissario giudiziale (la cui nomina è prevista come obbligatoria anche nel caso in cui il Tribunale abbia concesso i termini per il deposito della proposta e del piano di concordato¹) non solo nei confronti del giudice delegato alla procedura, ma anche nei confronti del Pubblico ministero, almeno per quanto riguarda i compiti di informazione.

Con il che ci si deve chiedere se ciò appaia comunque idoneo a consentire l'accesso indiscriminato del Pubblico ministero al fascicolo telematico della procedura negoziata di composizione della crisi d'impresa.

Specifici obblighi informativi a carico del commissario giudiziale sono sanciti anche dall'art. 106 in caso di presentazione della domanda di concordato preventivo. Se il medesimo commissario accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, infatti, deve informare il Tribunale che ne deve dare comunicazione al Pubblico ministero.

In base all'art. 114, inoltre, il commissario deve trasmettere al Pubblico ministero tutte le informazioni rilevanti relative all'andamento della liquidazione dei beni nella fase di chiusura del concordato

Con la trasmissione delle relazioni del commissario giudiziale e con gli specifici flussi informativi promananti dagli artt. 92, comma 5, 106, comma 1, e 114 CCI, il Pubblico ministero, essendo costantemente informato sull'andamento della procedura, è posto nelle condizioni di poter esprimere osservazioni e rilievi durante tutto il corso della procedura.

È evidente come il Pubblico ministero disporrà in questa fase di molte più informazioni di quelle che può disporre subito dopo l'iniziativa del debitore per l'accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza. E queste informazioni devono essere utilizzate per arrestare la procedura concordataria anzi tempo, non appena cioè emergono elementi ostativi alla prosecuzione della procedura.

6. Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, procedura introdotta con il decreto-legge n. 18 d.l. 118/2021 convertito in legge 21 ottobre 2021 n. 147

¹ Se vi è stata domanda di accesso al giudizio di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti, la nomina avviene in presenza di istanze per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale (art. 44, comma 4).

L'art. 18 del D.L. n. 118 del 2021 ha introdotto il nuovo istituto del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, attivabile quando l'esperto, nella sua relazione finale, dichiara che le trattative non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni di cui all'art. 11, commi 1 e 2, D.L. cit. non sono praticabili.

La facoltà di ricorrere al concordato semplificato è, dunque, espressamente circoscritta all'ipotesi in cui, ad un tempo, (i) l'imprenditore commerciale o agricolo (che non possieda congiuntamente i requisiti di cui all'art. 1, comma 2, L.Fall.: art. 2, comma 1, D.L. n. 118 del 2021) abbia fatto ricorso alla composizione negoziata della crisi; (ii) la relazione finale dell'esperto chiarisca che le trattative non hanno avuto esito positivo; (iii) le soluzioni di cui all'articolo 11, commi 1 e 2, non risultino praticabili. Non appaiono pertanto configurabili altri casi di accesso a questo rimedio.

Nei casi previsti, invece, l'imprenditore può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all'art. 5, comma 8, una proposta di concordato per cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'art. 161, comma 2, lett. a), b), c), d), L.Fall.

Il comma 2 dell'art. 18 espressamente prevede che il ricorso con cui l'imprenditore chiede l'omologazione del concordato sia comunicato al Pubblico ministero presso il Tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale. Trattasi di disposizione che ricalca quella dell'art. 161, comma 5, L. Fall., destinato per il futuro a confluire nel più penetrante art. 40, comma 3, CCI.

Poiché l'art. 18, comma 2, non prevede distinzioni, la domanda di omologazione andrà comunicata al Pubblico ministero anche nel caso in cui a presentarla è l'imprenditore commerciale o agricolo che possieda congiuntamente i requisiti di cui all'art. 1, comma 2, L.Fall. (art. 17). In tal caso (ma per l'imprenditore agricolo in ogni caso), la comunicazione non ha la finalità di consentire al Pubblico ministero di presentare la richiesta di fallimento.

A tal proposito, va rammentato che l'art. 6, comma 4, D.L. n. 118 del 2021, dispone che dal giorno della pubblicazione dell'istanza con cui viene chiesta la nomina dell'esperto per la composizione negoziata *“e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata”*.

Tale divieto permane anche nel concordato semplificato, che costituisce, come detto, una delle soluzioni praticabili all'esito negativo delle trattative e che contempla, con il richiamo dell'art. 168 L.Fall. il divieto delle azioni esecutive e cautelari, nonché la cristallizzazione, negli stessi limiti disposti per il concordato preventivo, del patrimonio del debitore in applicazione delle norme indicate nell'art. 169 L.Fall. Ed è appena il caso di ricordare che la priorità dell'esame delle domande di concordato su quelle di dichiarazione di fallimento e il divieto della tale dichiarazione in pendenza di una

procedura volontaria costituiscono principi codificati dall'art. 49 CCI, sì come anticipati dalla giurisprudenza².

La domanda di concordato semplificato non è diretta, come nel concordato preventivo, all'ammissione alla procedura, bensì direttamente all'omologazione del concordato. Il vaglio di "ammissione", al pari di quanto già previsto nel concordato fallimentare, viene circoscritto al profilo di disamina della ritualità della proposta con acquisizione della relazione finale dell'esperto (nominato nell'ambito della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa), arricchita d'un ulteriore suo parere dedicato ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte. Anche in questa primordiale fase sarà rilevabile l'eventuale abuso di diritto allorché, ad esempio, già dalla relazione dell'esperto emergano manifesti profili di infattibilità o atti in frode (anche in conseguenza del compimento di atti pregiudizievoli di cui all'art. 9, commi 3 e 4) ancor più facili da rilevare ora che l'esperto dovrà - qualora, come sembra, l'emendamento diverrà legge - dichiarare che *"le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede"*.

Dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese si producono, ai sensi dell'art. 18, comma 2, gli effetti di cui agli artt. 111, 167, 168 e 169 L. Fall. Ciò significa che da quel momento l'impresa può considerarsi "in procedura" con riguardo, in particolare, alla maturazione di crediti in prededuzione, al c.d. spossessamento attenuato (pur non essendo previsto un commissario giudiziale, bensì un ausiliario) e al divieto di azioni esecutive e cautelari individuali.

Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 18, si applicano poi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 173, 184, 185, 186 e 236 L.Fall.

Molto importante, ai fini che ne occupano, è il richiamo all'art. 173 L. Fall., relativamente al quale viene precisato che - ai fini del comma 1 dell'art 173 - il decreto che dispone la comunicazione della proposta (unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale dell'esperto) ai creditori è equiparato all'ammissione al concordato. Il concordato potrà, dunque, essere revocato sia nel caso di scoperta di pregressi atti di frode non rivelati dal debitore, sia nell'eventualità in cui questi compia atti di straordinaria amministrazione non autorizzati o atti comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, sia infine qualora risultino mancanti le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato (pur non essendo in realtà previsto un provvedimento di ammissione).

² Cfr. Cass. SU 15 maggio 2015, n. 9935, in *Giur. comm.* 2017, 1, II, p. 21, secondo la quale *"La pendenza di un procedimento di concordato preventivo non rende improcedibile il procedimento prefallimentare, né lo sospende, ma impedisce soltanto temporaneamente la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 l. fall. Ne segue che il fallimento può essere dichiarato solo quando: a) la domanda di concordato sia stata dichiarata inammissibile; ovvero b) sia stata revocata l'ammissione alla procedura; c) non sia stata approvata la proposta di concordato; e, infine, d) sia stato respinto il concordato in esito al giudizio di omologazione"*.

Gli espressi richiami alla disciplina del concordato preventivo, in particolare agli art. 173, 185 e 186 L. Fall., consentono di affermare che l'intervento del Pubblico ministero nel concordato semplificato non assume, nella sostanza, connotati diversi da quelli previsti per la procedura di concordato preventivo. Il che rende irrilevante, almeno per questo aspetto, stabilire se il nuovo istituto integri un sottotipo di concordato preventivo, ovvero un tipo concorsuale a sé.

Il mancato richiamo del comma 7 dell'art. 180 l. fall. non esclude che il tribunale qualora non omologhi il concordato possa contestualmente pronunciare il fallimento con sentenza, sia perché il ricorso iniziale è comunicato al Pubblico ministero, che può quindi formulare domanda di fallimento in vista della definizione negativa dell'omologa, sia perché, non essendo vietata in quel momento (ossia dopo il rigetto dell'omologa) la pronuncia di insolvenza, nulla impedisce che questa possa essere emessa contestualmente al decreto di rigetto dell'omologa, ricorrendone ovviamente i presupposti.

7. Le procedure di sovraindebitamento: ristrutturazione dei debiti, concordato minore e liquidazione controllata

7.1. Premessa

Le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento sono disciplinate nel Capo II del Titolo IV (denominato «*Strumenti di regolazione della crisi*») CCI.

La Sezione I è dedicata (artt. 65-66) alle disposizioni di carattere generale - tra cui l'istituto di nuova concezione delle cd. procedure familiari (art. 66) - applicabili a tutte le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

Per il consumatore è previsto il piano di ristrutturazione dei debiti (artt. 67-73 della Sezione II), che sostituisce il piano del consumatore già regolamentato dalla l. n. 3/2012.

Per i debitori diversi dal consumatore è previsto il concordato minore (artt. 74-83 della Sezione III), in luogo dell'accordo di composizione della crisi previsto dalla l. n. 3/2012.

Nel Capo IX del Titolo V (denominato «*Liquidazione giudiziale*») è, invece, disciplinata la liquidazione controllata del sovraindebitato (artt. 268-277), già liquidazione patrimonio nella l. n. 3/2012, accessibile a tutti i debitori.

Al di là delle nuove denominazioni, le prime due procedure continuano ad essere volte alla composizione dei debiti, mentre la terza mantiene l'impianto liquidatorio senza aspirazione al risanamento.

Nel Capo X (denominato «*Esdebitazione*») del Titolo V sono contenute tutte le norme sull'esdebitazione, ivi incluse (nella Sezione II) quelle relative alle procedure da sovraindebitamento (artt. 282-283).

La disciplina processuale è, invece, tracciata *per relationem*, cioè mediante la tecnica del rinvio, per quanto non specificamente derogato in relazione ai singoli istituti e nei limiti della compatibilità con le forme semplificate di questi strumenti, al *corpus* regolamentare delle «*Procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza*», contenuto negli artt. da 26 a 55 del Titolo III.

Nel Capo IV (denominato «*Reati commessi nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento e reati commessi nella procedura di composizione della crisi*») del Titolo IX (denominato «*Disposizioni penali*») è contenuto, invece, l'applicativo penale (artt. 344-345).

Questa sommaria ricognizione consente senz'altro di affermare che la riforma certamente contribuirà ad apportare maggiore chiarezza e migliore definizione della fisionomia dei tre moduli di procedura di risoluzione della crisi dei debitori non fallibili già previsti dalla l. n. 3/2012.

Dal delineato contesto, consegue un'altra osservazione. L'inserimento della disciplina del sovraindebitamento nel CCI - come si legge nella stessa Relazione - dovrebbe far privilegiare le soluzioni che favoriscano l'integrazione della disciplina del sovraindebitamento nell'ambito dei principi del CCI, piuttosto che la sua autonomia da essi, mediante l'utilizzo di identici principi generali, delle norme di rinvio (basti pensare agli artt. 65, comma 2, 74, comma 4, e 270, comma 5, CCI) ed un uso più massiccio dell'interpretazione estensiva e analogica. Ne deriva che anche le procedure da sovraindebitamento sono governate dalla disciplina di parte generale del CCI.

7.2. Il presupposto oggettivo e il rapporto con l'allerta.

Il cd. presupposto oggettivo delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento è, invece, definito nell'art. 2, comma 1, lettera c). Dalla lettura della citata disposizione emerge che nel CCI non è contenuta una definizione autonoma di sovraindebitamento, viceversa declinato *sub specie* di stato di crisi o di insolvenza riferito a determinati soggetti.

Il CCI, alle prime due lettere dell'art. 2, riporta le definizioni, rispettivamente, di «*crisi*» e d'«*insolvenza*» precisando che le stesse sono dettate «*ai fini del presente codice*» e, quindi, per l'applicazione sia dei nuovi strumenti dell'ordinamento concorsuale (parte prima del codice), che delle disposizioni di modifica del codice civile. La nozione di (manifestazione dell') insolvenza è rimasta identica rispetto alle indicazioni fornite dall'art. 5 l. fall., mentre la delimitazione di crisi (intesa come «*lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore*») e della sua esternalizzazione («*che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*») è nuova e non facilmente intellegibile.

L'anticipazione dell'apertura della procedura di sovraindebitamento già in caso di rischio insolvenza, espressamente raccomandata a livello comunitario per le imprese in difficoltà, rappresenta dunque un tassello importante nella strategia di risposta al sovraindebitamento rispetto al quale sono (per lo più) carenti gli strumenti di prevenzione.

Il sistema del monitoraggio e dell'allerta è, invero, *prima facie* estraneo alle procedure di sovraindebitamento, non estendendosi l'ambito di applicazione di questi strumenti ai soggetti che possono usufruire delle procedure per il sovraindebitamento, ciò evidentemente perché difetta in questi casi quella complessità organizzativa indispensabile ad intercettare i segnali di crisi e ad attivare i percorsi per la sua gestione. Deve osservarsi, però, che l'esclusione non riguarda le imprese agricole e le imprese minori - entrambe soggette alla disciplina del sovraindebitamento (*sub specie* di concordato minore e liquidazione controllata) - per le quali l'art. 12, comma 7, stabilisce l'applicazione degli strumenti di allerta sia pure compatibilmente con la loro struttura organizzativa, sostituendosi l'Organismo di composizione della crisi d'impresa (l'OCRI) con l'Organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento (l'OCC)³. In questo contesto, il Pubblico ministero potrebbe trovarsi di fronte alla segnalazione prevista dall'art. 22 CCI (al cui esame si rimanda).

Il procedimento di allerta e composizione assistita della crisi è destinato, comunque, a venir meno qualora durante la sua pendenza venga proposto dal debitore il concordato minore o richiesta (anche da parte dei creditori o del Pubblico ministero sussistendone i presupposti) la liquidazione controllata (cfr. art. 12, comma 9: «*La pendenza di una delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza disciplinate dal presente codice fa cessare gli obblighi di segnalazione di cui gli articoli 14 e 15 e, se sopravvenuta, comporta la chiusura del procedimento di allerta e di composizione assistita della crisi*»).

7.3. La ristrutturazione dei debiti del consumatore: il diniego di omologazione

Qualora il giudice ritenga il piano inammissibile o non fattibile, nega l'omologazione con decreto motivato e dichiara l'inefficacia delle misure protettive.

Il giudice, in ogni caso di diniego dell'omologazione, su istanza del debitore in stato di crisi o di insolvenza può dichiarare aperta la liquidazione controllata di cui agli artt. 268 ss. (art. 70, comma 10).

Nei casi di frode del debitore, l'apertura della procedura liquidatoria può essere chiesta - in caso di insolvenza del debitore - anche dai creditori o dal Pubblico ministero (comma

³ Nel caso di impresa minore e di impresa agricola, dunque, il referente di cui all'art. 17 CCI, ricevuta la segnalazione (segnalazione di cui agli artt. 14 e 15 o l'istanza del debitore di cui all'art. 19, comma 1), anziché nominare il collegio dovrà procedere alla convocazione del debitore innanzi all'OCC.

11). Il Pubblico ministero, però, può instare per l'apertura della liquidazione controllata solo quando l'insolvenza riguarda un imprenditore (art. 268, comma 2, CCI).

Le condizioni per l'iniziativa del Pubblico ministero sono, pertanto, quattro: *il diniego della omologazione del piano di ristrutturazione dei debiti; la qualifica di imprenditore del debitore; la frode del debitore; lo stato di insolvenza.*

Essendo prevedibile che al Pubblico ministero, ai sensi dell'art. 40, comma 3, sia stata data solo la notizia del deposito della domanda di accesso alla ristrutturazione dei debiti, sarà estremamente difficile che il Pubblico ministero sia a conoscenza degli sviluppi della procedura.

Si deve pensare allora che debba essere lo stesso giudice investito dell'omologazione a dover segnalare (ai sensi dell'art. 38, comma 2, CCI) al Pubblico ministero lo stato di insolvenza del debitore, onde metterlo in condizioni di effettuare le sue discrezionali valutazioni in merito, da svolgere anzitutto in base alla relazione particolareggiata che l'OCC è tenuto a redigere ai sensi dell'art. 68, comma 2, CCI e che deve contenere: a) l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni; b) l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte; c) la valutazione sulla completezza ed attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda; d) l'indicazione dei costi presumibili della procedura.

Il Pubblico ministero dovrà effettuare le sue valutazioni anche in base alla documentazione che il debitore deve allegare alla proposta, ai sensi dell'art. 67, comma 2, ovvero: a) l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute e delle cause di prelazione; b) l'elenco della consistenza e della composizione del patrimonio del consumatore; c) l'elenco degli atti di straordinaria amministrazione compiuti negli ultimi cinque anni; d) le dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni; e) l'indicazione degli stipendi, delle pensioni, dei salari e di tutte le altre entrate del debitore e del suo nucleo familiare, con l'indicazione di quanto occorre al mantenimento della sua famiglia. A questi documenti dovrebbe aggiungersi, ai sensi dell'art. 39 CCI (come modificato al correttivo), anche un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributi e premi assicurativi.

7.4 La revoca dell'omologazione della ristrutturazione dei debiti del consumatore e la conversione in procedura liquidatoria

La revoca dell'omologazione, su istanza di un creditore, ma anche d'ufficio, su istanza del Pubblico ministero o di qualsiasi altro interessato, è disciplinata dall'art. 72 CCI per i casi previsti dal comma 1: a) di diminuzione o aumento del passivo con dolo o colpa grave; b) di sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante di attivo; c) di

simulazione dolosa di attività inesistenti; d) di commissione di atti volti a frodare i creditori.

La revoca è, in questi casi, la conseguenza di atti in frode anteriori. Queste ipotesi configurano il reato previsto dall'art. 344, comma 1, lettera a), CCI.

Ad uguale conclusione deve giungersi nel caso di atti in frode posti in essere nel corso della procedura.

La possibilità di attivazione del procedimento di revoca (anche) d'ufficio o su istanza del Pubblico ministero è espressione dell'indirizzo di fondo teleologicamente orientato alla tutela dell'ordine pubblico economico e del paradigma concorrenziale, come si evince anche dall'art. 69, comma 1, che condiziona appunto l'ammissibilità della domanda all'assenza di frode del debitore.

La revoca dell'omologazione è, anche, prevista: (i) nel caso di inadempimento degli obblighi previsti dal piano o qualora questo sia divenuto inattuabile e non sia possibile modificarlo (art. 72, comma 2); (ii) nel caso di mancato adempimento - entro il termine assegnato - degli atti necessari (ritenuti dal giudice necessari) per l'integrale e corretta esecuzione del piano (art. 71, comma 5). In queste ipotesi, la revoca è la conseguenza di attività successive endoprocedimentali o esecutive.

Quanto all'ipotesi *sub* (ii), la revoca è subordinata all'accertamento del mancato compimento degli «*atti necessari*» ovvero del compimento degli stessi dopo la scadenza del termine assegnato. Il giudice revoca l'omologazione ogniqualvolta il piano non abbia avuto integrale esecuzione e, quindi, anche nell'ipotesi in cui solo una piccola parte di esso non sia stata attuata. Quanto al termine che il giudice è tenuto a concedere, quasi a mo' di diffida indirizzata al debitore (e non all'OCC), deve trattarsi di un termine adeguato alla complessità degli atti che il giudice ritiene debbano essere compiuti.

Nell'ipotesi *sub* (i) sono, invece, contemplate due ipotesi. La differenza tra inattuabilità e inadempimento sta nel fatto che la prima dipende anche da fatto non imputabile al debitore. Si tratta in sostanza di una sopravvenuta impossibilità della prestazione idonea a determinare la revoca (similmente a quanto detto a proposito della mancata esecuzione) anche quando l'impossibilità è solo parziale, a condizione che venga operata una valutazione di non scarsa rilevanza dell'elemento disfunzionale.

Laddove, invece, l'inattuabilità fosse iniziale, saremmo di fronte alla diversa ipotesi della infattibilità del piano coperta dal giudicato *rebus sic stantibus* formatosi a seguito dell'omologazione del piano, salvo il caso in cui sia stata determinata dalla frode del debitore, che come detto legittima il creditore alla proposizione dell'istanza di revoca.

L'inadempienza (imputabile al debitore) è rilevante quando non è di scarsa importanza (art. 119, comma 3, CCI e 1455 c.c.), di tal che il mancato rispetto delle percentuali promesse assume evidenza solo nel caso di uno scostamento significativo.

Da quest'ultimo punto di vista, si potrebbe ritenere che il debitore non è tenuto a vincolarsi ad un minimo garantito con efficacia obbligatoria. D'altra parte, però, perché ad integrare l'altra ipotesi della inattuabilità è sufficiente verificare la prospettiva oggettiva dell'impossibilità di realizzare la promessa soddisfazione dei creditori, senza che rilevi sia l'aspetto soggettivo dell'ascrivibilità di un simile infruttuoso risultato al debitore, sia l'importanza dell'inadempimento, pare che il debitore, oltre a promettere, sia tenuto anche a garantire la percentuale di soddisfacimento indicata nella proposta. Si configura, pertanto, un sistema misto a seconda della patologia cui è affetta la procedura.

Nonostante la genericità del dato normativo, è certo che la modifica (possibile in entrambe le ipotesi contemplate dal comma 2 dell'art. 72) deve essere idonea a consentire il soddisfacimento ipotizzato con la proposta perché è questo ciò che interessa ai creditori. Si riesce, perciò, a comprendere perché l'inattuabilità è riferita al piano e non alla proposta. Se fosse stata, infatti, riferita alla proposta, la sopravvenuta inattuabilità della stessa non avrebbe consentito di salvare l'omologa se non a condizione di una modifica *in peius* della proposta a detrimento dei creditori, che, invece, il CCI vuole tutelare consentendo al debitore di modificare il piano al (solo) fine di assicurare il soddisfacimento come inizialmente promesso ai creditori. Proprio perché i creditori sono salvaguardati, è sufficiente che la modifica del piano sia essere accompagnata dalla relazione dell'OCC senza che sia necessario sottoporla ad un nuovo (quanto superfluo ed extra testuale) giudizio di omologazione.

Anche nei casi previsti *sub* (i), il procedimento di revoca può essere attivato d'ufficio ovvero su istanza dei creditori, del Pubblico ministero o di qualsiasi altro interessato, non potendosi condividere l'opinione di chi ritiene che in queste ipotesi solo i creditori siano legittimati ad avanzare istanza di revoca. E ciò sia perché le ipotesi previste dal comma 2 sono assimilate, quanto alle modalità («*il giudice provvede allo stesso modo*») a quelle previste dal comma 1, ma anche perché, essendo attribuito al giudice il controllo sulla fattibilità economica (art. 70, comma 7), sarebbe contraddittorio negargli la possibilità di attivare d'ufficio il procedimento nel caso di sopravvenuta inattuabilità del piano, rientrando questo sindacato nell'alveo del primo.

Anche al fine di consentire la proposizione dell'istanza di revoca dell'omologazione ovvero l'attivazione d'ufficio del procedimento, l'OCC, nel caso in cui ne abbia contezza, è tenuto a segnalare al giudice ogni fatto rilevante ai fini della revoca dell'omologazione (art. 72, comma 3). Si tratta di una previsione di cui va sottolineata l'importanza perché, nell'evidenziare il ruolo dell'OCC come collaboratore del giudice, ne riafferma la necessaria terzietà ed indipendenza rispetto al debitore.

Il comma 4 dell'art. 74 continua a prevedere - per l'attivazione del procedimento di revoca - il termine decadenziale di mesi sei. Ma poiché il rendiconto non è più previsto nel procedimento di ristrutturazione dei debiti, non è possibile ancorare la decorrenza

del termine alla data di approvazione del rendiconto. La difficoltà di individuazione del *dies a quo* non consente, tuttavia, di ritenere non più attuale tutta la disposizione che prevede il termine decadenziale. La previsione di un termine per l'attivazione della procedura di revoca garantisce, infatti, alla procedura una sorta di stabilizzazione degli effetti prodotti, evitando che gli stessi possano essere caducati a distanza di tempo.

Per individuare il *dies a quo* si può fare riferimento alla disciplina del concordato preventivo e, quindi, ancorare la decorrenza del termine di sei mesi: (i) alla scoperta del dolo e della colpa grave nel caso di revoca per le ipotesi previste dal comma 1, sempre che non siano decorsi sei mesi dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal piano (art. 120, comma 2); (ii) alla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal piano nel caso di revoca per mancata esecuzione integrale (v. art. 119, comma 4).

Così ragionando il termine di decadenza semestrale deve applicarsi anche all'ipotesi prevista dall'art. 71, comma 5, trattandosi anche in questo caso di un'ipotesi di mancata esecuzione integrale.

Nell'ipotesi, infine, di revoca nel caso in cui piano sia divenuto inattuabile e non sia possibile modificarlo, il *dies a quo* è dato appunto dal momento in cui non è più possibile dare esecuzione al piano.

A parte l'ipotesi prevista dall'art. 70, commi 10 e 11, di apertura della procedura liquidatoria in caso di diniego dell'omologazione, l'art. 73 dispone, per il caso di revoca dell'omologazione, la conversione del procedimento in liquidazione controllata, (anche in questo caso) su istanza del debitore in stato di crisi o di insolvenza ovvero, in caso di atti di frode o inadempimento e sussistendo lo stato di insolvenza del sovraindebitato, di un creditore o del Pubblico ministero.

Per effetto della revoca, infatti, viene meno l'effetto esdebitatorio di cui il consumatore ha beneficiato in ragione dell'omologazione e rivivono le obbligazioni originarie che erano state stralciate, dilazionate o modificate con l'omologa. Con la conseguenza che rive la situazione di sovraindebitamento che aveva spinto il consumatore a proporre la ristrutturazione dei debiti.

7.5. Il concordato minore: la declaratoria di inammissibilità della domanda

La mancanza del corredo documentale indicato negli artt. 75 e 76 CCI è sanzionata con l'inammissibilità della domanda (art. 77, comma 1). La domanda è inammissibile anche nel caso in cui non sia sottoscritta da un avvocato legalmente esercente ovvero dall'OCC.

Il Giudice adito deve, inoltre, dichiarare la domanda inammissibile qualora il debitore presenta requisiti dimensionali che eccedono i limiti di cui all'art. 2, comma 1, lettera d), numeri 1), 2) e 3), o se è già stato esdebitato nei cinque anni precedenti la domanda

o ha già beneficiato dell'esdebitazione per due volte oppure se sono stati compiuti dal debitore atti di frode nei confronti dei creditori.

In disparte quest'ultima ipotesi che, per lo più ma non sempre, richiede una verifica di tipo sostanziale, le altre ipotesi sono in grado di condurre alla declaratoria di inammissibilità in base ad una verifica meramente documentale e dovrebbero verificarsi raramente dovendo la domanda essere veicolata per il tramite dell'OCC che è chiamato a svolgere un primo ruolo di filtro.

Il principio di economicità della procedura dovrebbe indurre a ritenere possibile una declaratoria di inammissibilità anche quando prima del giudizio di omologazione appaia evidente l'infattibilità giuridica ed economica del piano, la cui verifica l'art. 80, comma 1, tipicamente assegna al giudizio di omologazione.

Per la stessa ragione, l'inammissibilità si impone, nonostante la mancata riproduzione dell'art. 106 CCI (corrispondente all'art. 173 l. fall.), anche quando la sussistenza degli atti in frode sia emersa in un momento successivo all'apertura della procedura ma antecedente al giudizio di omologazione. In tal caso, l'attivazione del *sub*-procedimento di inammissibilità è possibile sia d'ufficio, sia ad iniziativa del Pubblico ministero, che dell'OCC e dei creditori.

Ad ogni modo la declaratoria di inammissibilità è possibile solo previa instaurazione del contraddittorio con il debitore e l'OCC. A questi ultimi deve, infatti, essere data la possibilità di offrire tutti i chiarimenti necessari e le eventuali integrazioni. Le integrazioni alla domanda sono possibili anche quando non imposte da circostanze sopravvenute: pur in mancanza di una disposizione *ad hoc*, è in contrasto con il principio economicità delle procedure imporre al debitore la presentazione di una nuova domanda di concordato minore, con la perdita degli effetti processuali e sostanziali connessi al precedente ricorso.

Ogniquale volta è dichiarata l'inammissibilità del concordato minore, il debitore (in stato di crisi o insolvenza) può chiedere l'apertura del procedimento di liquidazione controllata (art. 268).

Uguale richiesta, nel caso in cui il sovraindebitato versi in stato di insolvenza, può essere avanzata dai creditori o, nel caso in cui l'insolvenza riguardi un imprenditore, dal Pubblico ministero, senza che sia necessario che ricorra la frode del debitore.

Poiché nell'ipotesi che si va considerando non si è di fronte ad un caso di conversione della procedura di concordato minore in liquidazione controllata, non si applica, infatti, la restrizione in punto di legittimazione indicata nell'art. 83, comma 2, CCI. Uguale ragionamento dovrebbe essere svolto con riguardo all'art. 80, comma 6, che tipicamente si innesta nell'alveo del giudizio di omologazione.

Come nella procedura di ristrutturazione dei debiti, è prevedibile che al Pubblico ministero, ai sensi dell'art. 40, comma 3, sia stata data solo la notizia del deposito della domanda di accesso al concordato minore, rispetto al quale appaiono *prima facie*

incompatibili le comunicazioni previste (nel concordato preventivo) dagli art. 45, comma 1, e 47, comma 2, CCI. Sarà, dunque, estremamente difficile che il Pubblico ministero sia a conoscenza degli sviluppi della procedura.

Si deve pensare allora che debba essere lo stesso giudice investito dell'omologazione a dover segnalare (ai sensi dell'art. 38, comma 2, CCI) al Pubblico ministero lo stato di insolvenza del debitore, onde metterlo in condizioni di effettuare le sue discrezionali valutazioni in merito in base alla relazione dell'OCC e alla documentazione che il debitore è tenuto ad allegare alla domanda.

Il contenuto della relazione dell'OCC è indicato nell'art. 76, comma 2. Essa dovrà, perciò, contenere: l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza del debitore nell'assumere le obbligazioni (lettera a); l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte (lettera b); l'indicazione della eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori (lettera c); la valutazione circa la completezza ed attendibilità della documentazione depositata insieme alla domanda, nonché la verifica della convenienza del piano rispetto alla liquidazione (lettera d); l'indicazione ipotizzabile dei costi della procedura (lettera e); la percentuale, le modalità e i tempi di soddisfacimento dei creditori (lettera f); i criteri adottati nella formazione delle classi, se indicate nella proposta (lettera g).

Quanto alla documentazione che deve essere allegata alla domanda, essa concerne (art. 75, comma 1, come modificato con il correttivo con la finalità, come precisa la Relazione, di allineare «*il contenuto della domanda al ricorso per l'accesso alle procedure "maggiori", sul modello dell'art. 39, come riformulato*»): a) i bilanci, le scritture contabili e fiscali obbligatorie e le dichiarazioni dei redditi, le dichiarazioni IRAP e le dichiarazioni annuali IVA concernenti i tre anni anteriori o gli ultimi esercizi; b) una relazione aggiornata sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria; c) l'elenco di tutti i creditori, con le rispettive cause di prelazione e l'indicazione delle somme dovute; d) gli atti di straordinaria amministrazione di cui all'art. 94, comma 2, compiuti negli ultimi cinque anni; e) la documentazione relativa a stipendi, pensioni, salari e altre entrate proprie e della famiglia, con l'indicazione di quanto occorra al mantenimento della stessa. A questi documenti dovrebbe aggiungersi, ai sensi dell'art. 39 CCI (come modificato al correttivo), anche un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributi e premi assicurativi.

7.6 Il diniego dell'omologazione

Qualora il giudice ritenga la domanda inammissibile, il piano infattibile ovvero accolga un'opposizione/contestazione, rigetta con decreto motivato la domanda di omologazione.

Non esistendo un vero e proprio ordine di decisione delle questioni, il giudice può rigettare la domanda in applicazione della ragione più liquida.

Con il decreto di rigetto, il giudice dichiara anche l'inefficacia delle misure protettive eventualmente accordate (art. 80, comma 5). La pronuncia non è discrezionale, essendo il giudice senz'altro tenuto a dichiarare l'inefficacia contestualmente al rigetto. Ne consegue che, pur in mancanza di apposita dichiarazione di inefficacia delle misure protettive, i creditori (anche aventi titolo o causa anteriore) possono iniziare o proseguire le azioni esecutive individuali, chiedere sequestri conservativi ed acquistare diritti di prelazione sul patrimonio del debitore.

In caso di diniego, su istanza del debitore in stato di crisi o di insolvenza, il giudice può dichiarare aperta la liquidazione controllata di cui agli artt. 268 ss. (art. 80, comma 5).

L'apertura della procedura liquidatoria, nei casi di frode del debitore, può avvenire (sussistendo lo stato di insolvenza) anche su istanza dei creditori o del Pubblico ministero (comma 6)⁴, sempre che, quando a chiederla è il Pubblico ministero, l'insolvenza riguardi un imprenditore (art. 268, comma 2).

Le condizioni per l'iniziativa del Pubblico ministero sono, pertanto, quattro: il diniego della omologazione; la qualifica di imprenditore del debitore; la frode del debitore; lo stato di insolvenza.

7.7. La revoca dell'omologazione del concordato minore

Il giudice revoca l'omologazione d'ufficio o su istanza di un creditore, del Pubblico ministero o di qualsiasi altro interessato, in contraddittorio con il debitore (art. 82, comma 1).

A tal fine, «L'OCC è tenuto a segnalare al giudice ogni fatto rilevante ai fini della revoca dell'omologazione» (comma 4). Il giudice cionondimeno può attivare d'ufficio il procedimento di revoca anche sulla scorta di notizie acquisite *aliunde*, ma certo senza potersi avvalere della propria scienza privata.

Quanto agli altri interessati, si deve trattare di soggetti portatori di un interesse concreto alla eliminazione degli effetti dell'omologazione.

La possibilità di attivazione del procedimento di revoca (anche) d'ufficio o su istanza del Pubblico ministero è espressione dell'indirizzo di fondo teleologicamente orientato alla tutela dell'ordine pubblico economico e del paradigma concorrenziale, come si evince anche dall'art. 69, comma 1, che condiziona appunto l'ammissibilità della domanda all'assenza di frode del debitore.

Anche il mancato adempimento delle prescrizioni ritenute dal giudice necessarie al fine dell'integrale e corretta esecuzione del piano dà luogo, in seguito alle modifiche

⁴ Analoga disciplina è prevista nel piano di ristrutturazione dei debiti dall'art. 70, commi 10 e 11.

apportate con il correttivo, a revoca dell'omologazione (e non più a risoluzione del concordato⁵).

Se si considera poi che, sempre con il correttivo, è stata soppressa l'originaria previsione del comma 5 che contemplava la risoluzione (anche) nell'ipotesi di mancata esecuzione integrale del piano o qualora il piano fosse divenuto inattuabile e non fosse possibile modificarlo⁶, deve concludersi che il legislatore ha operato una sorta di *reductio ad unum* di tutte le patologie del concordato minore, differenziandone la disciplina rispetto a quella del concordato preventivo fondata sulla risoluzione (art. 119) e sull'annullamento (art. 120).

La prima ipotesi di revoca dell'omologazione è, dunque, prevista dall'art. 81, comma 5, nell'ipotesi in cui il giudice abbia ritenuto necessario il compimento di «*atti necessari per l'esecuzione*». L'inquadramento di questa ipotesi nell'ambito dell'art. 81 ha come unico effetto l'applicazione delle regole indicate nel successivo art. 82 nei limiti della compatibilità, anche *se prima facie* non emergono profili di inapplicabilità della disciplina della revoca nel cui ambito (comma 2) è confluita la similare ipotesi della «*mancata esecuzione integrale del piano*».

La revoca è subordinata all'accertamento del mancato compimento degli «*atti necessari*» ovvero del compimento degli stessi dopo la scadenza del termine assegnato, che a seguito del correttivo non può più essere prorogato. È poi opportuno rimarcare che il giudice revoca l'omologazione ogniqualvolta il piano non abbia avuto integrale esecuzione e, quindi, anche nell'ipotesi in cui solo una piccola parte di esso non sia stata attuata. Quanto al termine che il giudice è tenuto a concedere, quasi a mo' di diffida indirizzata al debitore (e non all'OCC), deve trattarsi di un termine adeguato alla complessità degli atti che il giudice ritiene debbano essere compiuti.

La revoca dell'omologazione, disciplinata dall'art. 82 CCI, prende il posto della revoca e dell'annullamento degli accordi previsti dalla l. n. 3/2012. Questa è la ragione per la quale il comma 1, nella prima parte, elenca una serie di ipotesi corrispondenti a quelle previste dalla l. n. 3/2012 e, nella parte finale, evoca la clausola generale degli atti in frode.

E così il giudice revoca l'omologazione quando è stato dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo, ovvero quando è stata sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero quando sono state dolosamente simulate attività inesistenti o quando risultano commessi altri atti diretti a frodare le ragioni dei creditori. Queste ipotesi configurano, peraltro, il reato previsto dall'art. 344, comma 1, lettera a), CCI.

La prima parte del comma 1, nel ripetere l'elenco contenuto nell'art. 14, comma 1, l. n. 3/2012, si differenzia rispetto all'art. 106 CCI (già art. 173 l.fall.) prevedendo anche

⁵ Deve rilevarsi che nella procedura di ristrutturazione dei debiti, l'ipotesi che si va considerando nel testo è stata *ab origine* inquadrata nell'istituto della revoca (v. art. 71, comma 3, con il correttivo confluito nel comma 5).

⁶ L'ipotesi è ora contemplata nell'art. 82, comma 2.

l'ipotesi della diminuzione dolosa o gravemente colposa del passivo, evidentemente sia perché nel concordato minore manca la verifica dell'entità del passivo a cui è tenuto il commissario giudiziale nel concordato preventivo, sia perché la diminuzione del passivo finisce inevitabilmente per pregiudicare non solo l'entità del soddisfacimento dei creditori, ma anche la concreta esecuzione del concordato. Per la stessa ragione è prevista come causa di revoca la dolosa simulazione di attività inesistenti.

È evidente, pertanto, che tutte le ipotesi di atti in frode ricevono trattamento unitario, confluendo in un'unica fattispecie aperta di patologia, a prescindere dal fatto che abbiano impattato sull'adesione dei creditori.

Per il resto occorre evidenziare che, per le ipotesi di sottrazione o dissimulazione dell'attivo, è necessario che la condotta abbia riguardato una parte «rilevante». Il metro di giudizio non può che essere quantitativo, ovvero fondato sull'entità della differenza tra promesso e realizzabile, anche se si tratta sempre di verificare se questa differenza abbia alterato le valutazioni dei creditori, incidendo positivamente sull'espressione di voto.

Allo stesso modo si provvede in caso di mancata esecuzione integrale del piano o qualora il piano sia divenuto inattuabile e non sia possibile modificarlo (art. 82, comma 2). Queste due ipotesi, ora tipologicamente inquadrate nella revoca, sono riconducibili al venir meno della funzione svolta dal concordato minore e, quindi, il legislatore meglio avrebbe fatto a continuare ad inquadrarle nella risoluzione.

Deve ritenersi che la revoca è impedita solo dalla integrale esecuzione del piano, con la conseguenza che può essere pronunciata anche quando solo alcune parti sono rimaste ineseguite.

Quanto all'altra ipotesi, si tratta in sostanza di una sopravvenuta impossibilità della prestazione idonea a determinare la revoca anche quando l'impossibilità è solo parziale e anche quando non sia imputabile al debitore. Nel caso di specie, infatti, non si tratta di un contratto a prestazioni corrispettive, ma di un istituto avente una natura negoziale temperata da una disciplina che persegue interessi pubblicistici e conduce, all'esito dell'omologa, alla cristallizzazione di un accordo di natura complessa ove una delle parti (la massa dei creditori) ha consistenza composita e plurisoggettiva.

Essendo sufficiente verificare la prospettiva oggettiva dell'impossibilità di realizzare la promessa soddisfazione dei creditori, senza che rilevi sia l'aspetto soggettivo dell'ascrivibilità di un simile infruttuoso risultato al debitore, sia l'importanza dell'inadempimento, pare che il debitore, oltre a promettere, sia tenuto anche a garantire la percentuale di soddisfacimento indicata nella proposta.

Nel caso, invece, di inattuabilità iniziale, si tratterebbe della diversa ipotesi della infattibilità del piano coperta dal giudicato *rebus sic stantibus* formatosi a seguito dell'omologazione del concordato, salvo il caso in cui sia stata determinata dalla frode

del debitore, che come visto legittima il creditore alla proposizione dell'istanza di revoca.

La revoca è subordinata all'impossibilità di modificare il piano.

Nonostante la genericità del dato normativo, è certo che la modifica deve essere idonea a consentire il soddisfacimento ipotizzato con la proposta perché è questo ciò che interessa ai creditori. Si riesce, perciò, a comprendere perché l'inattuabilità è riferita al piano e non alla proposta. Se fosse stata, infatti, riferita alla proposta, la sopravvenuta inattuabilità della stessa non avrebbe consentito di salvare l'omologa se non a condizione di una modifica *in peius* della proposta a detrimento dei creditori, che, invece, il CCI vuole tutelare consentendo al debitore di modificare il piano al (solo) fine di assicurare il soddisfacimento come inizialmente promesso ai creditori.

Proprio perché i creditori sono salvaguardati, è sufficiente che la modifica del piano sia essere accompagnata dalla relazione dell'OCC senza che sia necessario sottoporla ad una nuova (quanto superflua ed extratestuale) approvazione dei creditori, i quali, del resto, sono chiamati a far pervenire le loro adesioni alla proposta e non al piano (art. 78, comma 2, lettera c).

L'attuale comma 3, così come modificato dal correttivo, prevede - per l'attivazione del procedimento di revoca - il termine di decadenza di mesi sei dall'approvazione del rendiconto.

Poiché il rendiconto non è più previsto con il correttivo, per individuare il *dies a quo* si può fare riferimento (in virtù del rinvio contenuto nell'art. 74, comma 4) alla disciplina del concordato preventivo e, quindi, ancorare la decorrenza del termine di sei mesi: (i) alla scoperta del dolo e della colpa grave nel caso di revoca per le ipotesi previste dal comma 1, sempre che non siano decorsi sei mesi dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal piano (art. 120, comma 2); (ii) alla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal piano nel caso di revoca per mancata esecuzione integrale (v. art. 119, comma 4).

La previsione di un termine per l'attivazione della procedura di revoca garantisce alla procedura una sorta di stabilizzazione degli effetti prodotti, evitando che gli stessi possano essere caducati a distanza di tempo.

Così ragionando il termine di decadenza semestrale deve applicarsi anche all'ipotesi prevista dall'art. 81, comma 5, trattandosi anche in questo caso di un'ipotesi di mancata esecuzione integrale.

Nell'ipotesi, infine, di revoca nel caso in cui piano sia divenuto inattuabile e non sia possibile modificarlo, il *dies a quo* è dato appunto dal momento in cui non è più possibile dare esecuzione al piano.

7.8. La conversione della procedura in liquidazione controllata e gli atti in frode

La conversione del concordato minore in procedura liquidatoria è disciplinata dall'art. 83 CCI.

Le ipotesi previste dall'art. 80, commi 5 e 6, di apertura della procedura liquidatoria in caso di diniego dell'omologazione sono tecnicamente al di fuori dall'istituto della conversione perché, in difetto dell'omologazione, non può dirsi sussistente una procedura di concordato convertibile in liquidazione controllata.

Per il caso della revoca dell'omologazione, l'art. 83 prevede la conversione del procedimento in liquidazione controllata, (anche in questo caso) su istanza del debitore (in stato di crisi o di insolvenza) ovvero, in caso di atti di frode o inadempimento e sussistendo lo stato di insolvenza del sovraindebitato, di un creditore o del pubblico ministero. Non è contemplata, invece, l'apertura d'ufficio della liquidazione, nonostante che proprio il giudice potrebbe aver attivato officiosamente la procedura di revoca.

In caso di revoca dell'omologazione si assiste, pertanto, ad una restrizione della legittimazione attiva rispetto a quanto previsto dall'art. 268, comma 2, CCI, che in via generale consente ai creditori e al Pubblico ministero di domandare l'apertura della liquidazione controllata indipendentemente dallo stato soggettivo del debitore.

Non essendovi, invece, espressa deroga alla disciplina generale, deve ritenersi che il Pubblico ministero sia legittimato a chiedere - anche in caso di revoca del concordato - l'apertura della liquidazione controllata soltanto nel caso in cui il debitore proponente il concordato minore sia un imprenditore (art. 268 CCI).

Non essendo più prevista la risoluzione del concordato, il riferimento alla risoluzione contenuto nei commi 2 e 3 dell'art. 83 deve attribuirsi ad un difetto di coordinamento tra la vecchia disciplina e quella risultante dal correttivo, che non ha investito l'art. 83.

Se la conversione della procedura ad istanza del debitore, trattandosi quasi di un atto dovuto, non appare problematica, altrettanto non può dirsi per l'istanza del Pubblico ministero e dei creditori in caso di inadempimento.

Espunto dal correttivo l'istituto della risoluzione, il riferimento all'inadempimento appare, infatti, da collegare alla mancata esecuzione del piano: ipotesi questa contemplata dagli artt. 81, comma 5, e 82, comma 2, che (come già osservato nel par. 11) prescinde sia dall'imputabilità, sia dalla rilevanza dello scostamento. Il generico riferimento all'inadempimento sembra in grado di abbracciare anche la sopravvenuta inattuabilità del piano (art. 82, comma 2) che ha pur sempre come effetto il mancato soddisfacimento dei creditori nella misura promessa.

La legittimazione dei creditori e del Pubblico ministero in caso di «atti in frode» sussiste in tutte le ipotesi considerate dall'art. 82, comma 1.

Si configurano come atti di frode tutte le condotte del debitore idonee ad occultare situazioni di fatto suscettibili di influire sul giudizio dei creditori, ossia tali che qualora conosciute avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa

della proposta ovvero tutti i fatti taciuti nella loro materialità ovvero esposti in maniera non adeguata e compiuta, aventi valenza anche solo potenzialmente decettiva nei confronti dei creditori, a prescindere dal concreto pregiudizio loro arrecato.

Tale impostazione consegue all'individuazione dell'interesse tutelato dall'art. 173 l.fall. nella correttezza e buona fede imposte in ogni forma di autoregolamentazione contrattuale e, di conseguenza, nel principio del consenso informato dei creditori. Gli atti in frode, dunque, hanno la duplice caratteristica di violare immediatamente la regola che impone correttezza alle parti di un rapporto contrattuale e di creare un potenziale ostacolo alla formazione del consenso informato dei creditori in sede di votazione.

Con questa premessa, si deve riconoscere all'accertamento di tale fattispecie una funzione general preventiva, nel senso di anticipare la tutela alla soglia della potenzialità decettiva, in modo da rendere irrilevante sia l'effettiva consumazione della lesione del consenso informato, sia la volontaria preordinazione dell'omissione al conseguimento dell'effetto decettivo essendo all'opposto sufficiente anche nella mera consapevolezza di aver taciuto il fatto. Ciò si traduce, sul piano pratico, nell'inutilità del "ravvedimento operoso" del debitore, che tramite *disclosure* abbia appianato l'asimmetria informativa e posto rimedio all'iniziale condotta scorretta, prima e in vista della votazione. Ed infatti l'art. 173 l. fall., nel prevedere la dichiarazione del fallimento nel corso della procedura qualora il debitore abbia tra l'altro commesso atti di frode, e mirando per tale via anche a paralizzare la portata decettiva del silenzio dell'istante, non attribuisce alcun rilievo a più o meno sinceri ravvedimenti postumi dello stesso debitore, nel qual caso la norma rimarrebbe evidentemente menomata nella sua efficacia.

7.9. Liquidazione controllata

La legittimazione a richiedere l'apertura della liquidazione controllata appartiene al debitore. In attuazione dello specifico criterio di delega di cui all'articolo 9, comma 1, lettera h), della legge n. 155 del 2017, tale legittimazione è stata estesa ai creditori i quali possono presentare la relativa domanda "anche in pendenza di procedure esecutive" (e, dunque non solo se a carico del debitore pendono procedure esecutive individuali), ed al pubblico ministero, quest'ultimo nel solo caso in cui l'insolvenza riguardi l'imprenditore minore (comprese imprese agricole e start up).

Il decreto correttivo è intervenuto sull'art. 268 CCII che disciplina la liquidazione controllata, articolo che è stato interamente riscritto. Si è innanzitutto precisato che mentre il debitore può proporre istanza in proprio di apertura della liquidazione controllata anche quando si trovi in stato di crisi, l'istanza può essere formulata dal p.m. o dai creditori solo se il debitore sia in stato di insolvenza. Si è prevista inoltre una soglia minima di rilevanza della situazione debitoria, come accade anche per la

liquidazione controllata e per le stesse ragioni, si è stabilito che non si possa far luogo all'apertura della liquidazione controllata se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria è inferiore a euro ventimila. La differenza rispetto all'importo fissato dall'art. 49 CCII si spiega considerato che sono assoggettabili alla procedura, su istanza dei creditori, anche i consumatori, in relazione ai quali l'importo di ventimila euro appare già significativo di una situazione debitoria preoccupante. La legittimazione del PM è svincolata da ogni "aggancio" o riferimento al procedimento penale, come luogo "naturale" di acquisizione di tale notizia. L'unico presupposto è quindi, come nell'art. 38 CCII, che la *notitia decoctionis* sia stata acquisita dal PM nell'ambito della sua attività istituzionale, e non attraverso una mera ricerca di iniziativa ex novo dell'insolvenza.

L'assenza di elementi indicativi sulle fonti di conoscenza da cui apprendere la *notitia decoctionis*, fa ritenere che alla liquidazione controllata possano essere applicate le norme dettate per la liquidazione giudiziale, stante la sostanziale omogeneità tra i due istituti. Con la conseguenza che tale legittimazione potrà essere esercitata anche a seguito di segnalazioni di terzi, diverse ed ulteriori rispetto a quelle dell'autorità giudiziaria.

In questo caso la valutazione del PM dovrà essere particolarmente attenta perché la liquidazione controllata può riguardare sia imprenditori minori, sottosoglia, e quindi situazioni nelle quali ben difficilmente sarà rinvenibile un interesse che giustifichi l'azione della parte pubblica, sia realtà economiche che possono assumere anche dimensioni rilevanti (imprese agricole e start up) e quindi giustificare la richiesta di apertura della procedura.

La questione procedurale più rilevante per il PM istante è quella relativa alla possibile incertezza dell'assoggettabilità del debitore insolvente alla procedura di liquidazione giudiziale o controllata.

Questione che riguarda naturalmente il solo imprenditore commerciale minore, sottosoglia, dato che per quanto riguarda le imprese agricole e le start up (queste ultime solo per un periodo di tempo determinato, a partire dalla loro costituzione) vi è una esclusione dalla liquidazione giudiziale a prescindere dai requisiti dimensionali.

A fronte della ricordata omogeneità tra le procedure di liquidazione giudiziale e controllata e dell'identità del requisito oggettivo, rappresentato per entrambe dall'insolvenza, si deve ammettere la possibilità della proposizione, con lo stesso ricorso, di domande (non già cumulative, ma) subordinate aventi ad oggetto le diverse procedure di liquidazione.

Possibilità che appare del tutto legittima, nelle forme peculiari del cumulo condizionale di domande, quale soluzione idonea a far sì che, una volta eventualmente respinto il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale per insussistenza dei requisiti dimensionali, l'apertura della liquidazione controllata possa essere immediatamente

disposta o, almeno, si possa immediatamente addivenire all'esame del merito della relativa domanda.

Offrendo al PM di formulare con il ricorso la domanda di apertura e liquidazione controllata in via subordinata, si consentirebbe allo stesso di non dover attivare un nuovo e distinto procedimento una volta che nel corso della procedura emergesse l'insussistenza dei requisiti dimensionali per l'accesso alla procedura "maggiore".

7.10. Esdebitazione di diritto e impugnazione del decreto che dichiara l'esdebitazione

Il decreto che dichiara l'esdebitazione è iscritto al registro delle imprese su richiesta del cancelliere. Quello che dichiara l'esdebitazione del consumatore o del professionista è, invece, pubblicato in apposita area del sito *web* del tribunale o del Ministero della giustizia.

Il provvedimento dichiarativo dell'esdebitazione o il provvedimento con cui il tribunale dichiara la sussistenza delle preclusioni di cui al comma 2 dell'art. 282 è comunicato al pubblico ministero, ai creditori e al debitore, i quali possono proporre reclamo ai sensi dell'articolo 124; il termine per proporre reclamo è di trenta giorni (art. 282, comma 3). L'effetto pregiudizievole che, sotto l'aspetto sostanziale, l'applicazione dell'istituto ha sulla posizione soggettiva dei creditori concorsuali insoddisfatti è, dunque, bilanciato dal contraddittorio posticipato all'interno di una fase meramente eventuale, ovvero in sede di reclamo.

La modifica apportata dal correttivo al comma 3 è importante, essendosi espressamente previsto che il Tribunale, alla data della chiusura della procedura di liquidazione controllata o decorsi tre anni dalla sua apertura, ove ritenga che non ricorrano le condizioni di meritevolezza per pronunciare l'esdebitazione, debba dichiararlo con decreto. E ciò, secondo quanto si legge nella Relazione per «*evitare una situazione di incertezza suscettibile di prolungarsi sine die e consentire al debitore di contestare la decisione mediante la proposizione del reclamo*».

Alla chiusura della procedura, o comunque decorsi tre anni dalla sua apertura, è, dunque, sempre richiesto un decreto del Tribunale, impugnabile ai sensi dell'art. 124 CCI rispettivamente dai creditori e dal Pubblico ministero (se positivo) o dal debitore (se negativo). La decisione in sede di reclamo, nell'uno come nell'altro caso, è sempre definitiva e a contenuto decisorio, come tale ricorribile in cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost.

7.11. Profili operativi: i flussi informativi, il fascicolo dell'insolvenza nelle procedure di sovraindebitamento

L'analisi delle disposizioni dedicate alle procedure in esame denota l'assenza di previsioni appositamente dedicate all'intervento del Pubblico ministero. Il che all'evidenza si giustifica per il minor interesse pubblico che le caratterizza, essendo esse applicabili solo a chi, per struttura e/o natura, non è suscettibile di essere assoggettato alle altre procedure concorsuali (liquidazione giudiziale e concordato preventivo, *in primis*), così assimilandosi il trattamento dell'imprenditore che dimostri di rivestire un profilo dimensionale inferiore a parametri predeterminati (cfr. art. 2, comma 1, lettera d) a quello riservato ai debitori civili, ai professionisti e consumatori.

Al Pubblico ministero, dunque, non è attribuito alcun potere di iniziativa per l'apertura delle procedure di ristrutturazione dei debiti del consumatore e del concordato minore. Dal che si desume che i poteri di "intervento" che sono previsti a procedura aperta devono essere interpretati coerentemente con la (scontata) scelta di fondo di tenere il Pubblico ministero ai margini delle due procedure, connotate dai caratteri della concorsualità in un più ampio contesto concordatario e, perciò stesso, volontario.

Ciò non toglie che al Pubblico ministero, anche per consentirgli di attivare i poteri di revoca e di iniziativa per l'apertura della liquidazione controllata, debba essere data notizia dell'avvio di una delle procedure da sovraindebitamento ai sensi dell'art. 40, comma 3, CCI. Questa disposizione, infatti, non solo non appare incompatibile con le procedure in esame, ma deve ritenersi applicabile in virtù del generico rinvio alle disposizioni di cui al titolo III contenuto nella disposizione di carattere generale di cui all'art. 65, comma 2, CCI.

Soluzione questa che, quanto al concordato minore, sembra essere imposta anche da generico rinvio allo statuto del concordato preventivo contenuto nell'art. 74, comma 3, CCI.

Il Pubblico ministero, quindi, ricevuta la notizia della domanda, potrà avviare un fascicolo per fatti che ancora non costituiscono una notizia di reato e svolgere le necessarie indagini, in relazione ai fatti che integrano le specifiche ipotesi di reato previste dagli artt. 344 e 345 CCI.

Ma ciò che conta sottolineare è che in questa fase preliminare potrà, e forse dovrà, essere aperto un fascicolo "civilistico" in cui far confluire tutti gli atti della procedura di sovraindebitamento. Questo fascicolo dovrebbe essere autonomo rispetto all'eventuale parallelo procedimento penale iscritto a mod. 21 o 44.

Questo significa che si deve provvedere all'apertura - fino alla definizione della procedura negoziata - di un fascicolo "civilistico" anche nell'ipotesi di insolvenza rilevata da altro fascicolo penale, appositamente dedicato alla trattazione dell'insolvenza e, quindi, alla interlocuzione procedimentale con la fallimentare

Questo non significa, però, che al Pubblico ministero possa essere consentito, in sede di protocollo, l'accesso *tout court* al fascicolo telematico della procedura di sovraindebitamento; né che debba essere notiziato dello svolgimento della procedura. Ciò perché le disposizioni sul sovraindebitamento lasciano il Pubblico ministero ai margini delle relative procedure, restituendogli un potere di intervento solo al momento del diniego dell'omologazione o successivamente alla stessa.

8. Considerazioni conclusive

All'esito dell'esposta ricognizione normativa e tenuto conto dei criteri orientativi, come emersi all'esito dell'incontro con i Procuratori generali del 14 e 15 marzo 2019, in vista dell'entrata in vigore del CCI, da ultimo posticipata al 16 maggio 2022, possono essere sintetizzate come segue le linee operative essenziali ai fini dell'uniformità dell'esercizio dei poteri affidati al pubblico ministero nell'ambito della regolazione dell'insolvenza.

Sotto il profilo strettamente organizzativo si è condivisa l'idea che, in ragione dell'ampliamento dei compiti affidati al PM, sia opportuno individuare il magistrato, o in ragione delle dimensioni dell'ufficio, i magistrati, da assegnare agli affari civili in ragione della loro formazione civilistica, se la funzione non può essergli attribuita in via esclusiva sarebbe opportuno individuare il magistrato tra quelli che si occupano di reati economici.

Come illustrato in premessa i compiti affidati al PM sono svincolati da vicende di rilevanza penale. Il ruolo assegnato al PM, secondo la disciplina introdotta con il CCI, in linea con la riforma del 2006, è quello che il PM è parte del procedimento che agisce a tutela di un interesse pubblico svincolato da aspetti che ineriscono alla repressione del crimine.

Al PM, come evidenziato nella ricognizione, è rimesso il compito di agire per la rapida emersione dell'insolvenza e per garantire la corretta osservanza delle procedure di risoluzione della crisi, in quest'ottica è collettore della *notitia decotionis* e destinatario degli atti che costituiscono gli snodi essenziali delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza ove la sua partecipazione è essenziale perché sia garantita la tutela delle posizioni soggettive coinvolte nella crisi dell'imprenditore commerciale.

Il rinnovato ruolo del PM, nei termini illustrati, con riguardo all'iniziativa e alla partecipazione, sotto il profilo dell'organizzazione dei flussi informativi, determina l'opportunità che venga aperto un fascicolo civile, distinto dal fascicolo c.d. modello 45 relativo a fatti non costituenti reato, destinato a contenere in primis la *notitia decotionis* (in primis: comunicazione ex art. 22 CCII, e segnalazione ex art. 38 secondo comma CCII) nonché atti quali la domanda del debitore di accesso alla procedura ex art. 40 comma 3 CCII, gli avvisi di udienza, i provvedimenti giudiziali di apertura delle

procedure di regolazione, i reclami, le relazioni degli organi delle procedure, i provvedimenti di chiusura della procedura. Detto fascicolo è destinato a rimanere aperto per tutta la durata della procedura di regolazione della crisi.

L'inidoneità del fascicolo c.d. modello 45 a fungere da raccogliitore degli atti civili deriva non tanto dalla necessità di evitare commistioni tra l'intervento e la partecipazione nelle procedure concorsuali -esercizio dei compiti di natura civilistica- e le indagini penali quanto piuttosto dall'opportunità di aprire un fascicolo destinato a rimanere aperto per l'intera durata della procedura ovvero per un tempo non compatibile con la naturale durata del fascicolo iscritto a modello 45, naturalmente destinato, in via alternativa, all'archiviazione a opera del PM o alla conversione in fascicolo c.d. a modello 21.

Va chiarito che l'apertura del fascicolo civile non si pone come alternativa all'apertura del fascicolo c.d. a modello 45 che comunque continuerà ad essere aperto in base all'iscrizione dei provvedimenti giudiziari specifici quali ad esempio: il decreto di ammissione al concordato preventivo e la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, tipiche notizie di fatti non costituenti reato destinati a determinare accertamenti finalizzati alla verifica in ordine all'eventuale sussistenza di profili di rilevanza penale, nel quale confluiranno, con finalità di natura penalistica, le relazioni del curatore della liquidazione giudiziale e le relazioni del commissario del concordato. All'esito delle informazioni contenute in dette relazioni il PM si determinerà all'archiviazione diretta o all'iscrizione a modello 21, nei termini necessariamente brevi di questa fase prodromica delle indagini penali.

Come sopra illustrato per la digitalizzazione degli atti di regolazione della crisi, il fascicolo civile del PM sarà necessariamente un fascicolo digitale, per questo sarà opportuno che, al momento del deposito della domanda per l'apertura della procedura di regolazione della crisi (ovvero del deposito del ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale, nei casi di istanza promossa dal PM, ovvero in cui lo stesso intervenga) sia dato al PM, in persona del magistrato delegato per la specifica procedura, l'accesso al fascicolo in termini sostanzialmente analoghi all'accesso del debitore o del creditore precedente. Qualora ne sussistano i presupposti il PM degli affari penali, delegato alle indagini con riferimento a quella specifica procedura, potrà eventualmente acquisire quegli atti secondo le disposizioni che regolano le acquisizioni documentali secondo il rito penale.

Come si è illustrato nella fase ricognitiva l'iniziativa del PM degli affari civili si realizza in maniera preminente con la proposizione della richiesta di apertura della liquidazione giudiziale.

Considerato che detta iniziativa – non obbligatoria - è svincolata dalle situazioni legittimanti di cui all'art. 7 l. fall. è opportuno porre l'attenzione in ordine

all'opportunità che detto esercizio avvenga in maniera uniforme sul territorio nazionale al fine di evitare un trattamento della gestione della crisi territorialmente differente.

Un criterio generale tratto dalla *ratio* sottesa al ruolo assegnato alla parte pubblica nel sistema attuato dal codice della crisi è quello che l'azione miri alla rapida emersione dell'insolvenza, in quest'ottica rilevano quindi l'irreversibilità della crisi nonché l'allarme sociale che la prosecuzione dell'attività commerciale determina nell'ambiente economico.

Si ritiene opportuno altresì che la valutazione in ordine all'esercizio dell'iniziativa ex art. 38 CCI sia effettuata tenendo conto della finalità – cui è informato il CCI- che è quella del salvataggio dell'impresa, al fine concreto del mantenimento della produzione e dei livelli occupazionali, e, al tempo, stesso del principio della disponibilità in capo al solo debitore dell'accesso alla regolazione della crisi che comporta che l'iniziativa del PM sia rivolta anche alla tutela dei creditori più deboli e dunque, sotto tale profilo, si correli alla tutela della *par condicio* e al regolare svolgersi delle procedure. In tutti i casi sarà necessario acquisire, autonomamente, un adeguato corredo informativo. Per assicurare omogeneità a tale fondamentale attività istruttoria sarebbe opportuno prevedere che gli uffici della procura acquisiscano la documentazione indicata dall'art. 42 del CCII.

A fini valutativi, si ritiene comunque indispensabile, l'acquisizione, presso la camera di commercio, della visura camerale storica e degli ultimi tre bilanci depositati. Dalla visura storica sarà possibile trarre notizia circa l'eventuale compimento di operazioni economiche (quali ad es.: cessioni di azienda o rami della stessa, contratti di affitto, cessioni di marchi, operazioni di scissioni, modifiche della compagine societaria, trasferimento di sede, cambio di denominazione, cessazione dell'attività, cambio degli amministratori storici) attraverso le quali si realizzano effetti di segno contrario rispetto al salvataggio e al mantenimento del capitale strumentale e produttivo. In particolare, dalle vicende societarie risultanti dalla visura storica sarà possibile trarre il dato fondamentale dell'eventuale attivazione da parte dell'imprenditore commerciale di liquidazione stragiudiziale "in proprio", idonea a porre in pericolo l'attività di conservazione e salvataggio che si realizza attraverso le procedure di regolazione della crisi.

Gli ultimi bilanci offrono rilevanti informazioni in ordine all'andamento dell'attività commerciale, alle perdite di gestione, alla situazione finanziaria nonché all'eventuale perdita del capitale sociale che impone le operazioni di cui all'art. 2446 c.c.

Con riguardo alla cessazione dell'attività dell'imprenditore individuale è utile ricordare che con il CCI è stato codificato il principio secondo il quale il PM, o il creditore, possono provare la prosecuzione dell'attività oltre alla formale cancellazione. La cancellazione con prosecuzione dell'attività senz'altro costituisce elemento che nega il salvataggio per cui trattasi di un caso in cui l'interesse pubblico all'iniziativa si atteggia

a interesse a conservazione del patrimonio dell'imprenditore per la tutela delle posizioni soggettive coinvolte nel dissesto.

L'art. 38, secondo comma, come anticipato, introduce il capo all'autorità giudiziaria l'obbligo della segnalazione dell'insolvenza. Sarà questa- con alto grado di probabilità- la maggiore fonte delle *notitia decotiois* diretta al PM. Ulteriore fonte potrebbero essere la segnalazione degli uffici di riscossione o gli organi di vigilanza e di controllo, che sarebbe opportuno inviassero detta segnalazione ancorché non indicati tra i soggetti di cui al secondo comma dell'art. 38.

Si ritiene utile, nella prospettiva di facilitare al massimo la trasmissione delle segnalazioni, comunicare e pubblicizzare l'indirizzo *pec* della segreteria degli affari civili delle Procure al quale le segnalazioni dovranno pervenire. Comunicazione utile anche tra le Procure territoriali in ragione della possibile trasmissione ad ufficio degli affari civili diverso da quello competente.

La competenza con riferimento alle procedure concorsuali, come è noto, si radica in capo al PM presso il Tribunale della crisi ove il debitore ha la sede principale (comi). La sede è quella risultante dalla visura camerale, in caso di trasferimento, quella dell'ultimo anno.

Nel caso in cui il PM venga investito da segnalazione da parte dell'autorità giudiziaria, l'accesso al fascicolo dal quale proviene la segnalazione consentirà al PM di acquisire le informazioni necessarie per le valutazioni e le determinazioni che vanno a completare quelle provenienti dalla visura storica e dai bilanci. Il compendio di atti utili sarà massimo nei casi in cui la segnalazione provenga, ad esempio dal GE, per insolvenza di imprenditore commerciale emersa da procedura esecutiva individuale oppure dal GD per procedura esecutiva concorsuale con iniziativa desistita dal creditore procedente. Informazioni utili possono comunque pervenire altresì dalle Commissioni tributarie, dal giudice civile in sede di procedure monitorie, ma anche dal giudice penale con riferimento, ad esempio, a reati di appropriazione indebita di beni in *leasing*, truffa o reati tributari.

Come nella vigenza del Regio decreto ai casi di iniziativa conseguente a segnalazioni ci sono i casi di acquisizione diretta della *notitia decotiois* ogni qual volta il PM ne abbia percezione in ragione della sua partecipazione al procedimento civile.

È il caso della notizia che egli acquisisce quando siano emesse misure cautelari protettive, in fase di ammissione al concordato, in fase di omologazione del piano concordatario ovvero in ipotesi di accesso al concordato minore, quando ricorrano i requisiti per l'apertura della liquidazione giudiziale.

L'art. 38, comma 4, CCII consente al rappresentante del pubblico ministero intervenuto in uno dei procedimenti per l'apertura della liquidazione giudiziale di partecipare al successivo grado di giudizio quale sostituto del procuratore generale presso la corte di appello.

La trattazione dei procedimenti nelle distinte fasi di merito determina l'opportunità di un regolamento dei rapporti tra la Procura presso il Tribunale e la Procura generale distrettuale, soluzione che appare oggi necessaria in considerazione della previsione della possibilità di partecipazione al giudizio di appello del pubblico ministero di primo grado, prevista dall'art. 38, comma 4, CCII.

Il ruolo del PM nel concordato preventivo non ha subito radicali trasformazioni. Prima del 2006 era previsto che sulla proposta di concordato emettesse un parere. A seguito della riforma del 2006 il suo intervento è stato apparentemente limitato a una comunicazione. Dopo alcune iniziali incertezze, la comunicazione è stata ritenuta atto comunque finalizzato alla partecipazione del PM alla fase di ammissione, con sostanziale piena ammissibilità di osservazioni da parte del medesimo, fino alla possibilità in tale sede di esercitare l'azione di cui all'art. 7, comma secondo, l. fall. In quest'ottica la comunicazione è stata intesa come segnalazione implicita di stato di insolvenza, confessato con la proposta, ciò nei casi di proposta inammissibile o viziata dal compimento di atti in frode (es.: operazioni distrattive del patrimonio realizzate in prossimità della proposta o omessa indicazione, nelle premesse della proposta di concordato, di cespiti attivi)

Il terzo comma dell'art. 40 CCII, come è stato illustrato, prevede sia comunicata al PM la domanda di accesso alla procedura di concordato, tale comunicazione rende necessaria l'apertura di fascicolo civile destinato a contenere gli atti di parte pubblica relativi al concordato, ad iniziare dalla comunicazione del decreto di concessione dei termini ex art. 45 comma 1 CCII ed a tutti i successivi atti della procedura quali: la proposta di ammissione al concordato formulata dal debitore con i relativi allegati e, a seguire, le relazioni del commissario giudiziale, i verbali dell'adunanza dei creditori, la sentenza di omologazione e tutti gli atti che interessano il PM quale parte processuale.

E' con riferimento agli atti relativi a tale fascicolo che il PM può esercitare i compiti che ineriscono a tutte le altre parti processuali, anche con riferimento al rilievo di profili patologici della procedura e, in particolare, alla segnalazione di atti in frode, che possono determinare la richiesta di revoca o abbreviazione dei termini ex art. 44 comma 2 CCII, la declaratoria di inammissibilità, di revoca o di diniego di omologazione del concordato preventivo, con l'eventuale richiesta di liquidazione giudiziale che determina la conversione della procedura.

Atti in frode possono consistere in operazioni distrattive anteriori al deposito della proposta o in operazioni effettuate nel corso del concordato quali, ad esempio, operazioni di straordinaria amministrazione non autorizzate.

A tal proposito va sottolineato che rimane fondamentale il ruolo del PM con riferimento all'emersione di patologie che potrebbero verificarsi nel corso delle procedure di regolazione alternative alla liquidazione giudiziale, diverse dalle vicende fisiologiche della procedura determinate dalla non fattibilità giuridica od economica del piano.

L'esercizio dell'iniziativa con riferimento alla scoperta di atti in frode costituisce specifica manifestazione dell'interesse pubblico a che le procedure di regolazione si svolgano nel rispetto della legge.

Rilevanza evidenziata dall'espressa previsione di un accresciuto potere d'azione della parte pubblica, come, ad esempio, nei casi di cui all'art. 73, secondo comma; art. 80, sesto comma; art. 83, secondo comma, che, al pari di quanto previsto dall'art. 106, terzo comma CCII con riferimento al concordato preventivo richiamano la legittimazione del PM all'apertura della liquidazione controllata. L'iniziativa del PM nel caso di scoperta di atti in frode era già prevista dal Regio decreto n. 267/42 dall'art. 173, come modificato con la riforma del 2006 per sopperire all'eliminazione dell'officiosità della declaratoria di fallimento. Ora in coerenza con l'ampliamento del ruolo del PM, come si è illustrato nella parte ricognitiva, la sua legittimazione a richiedere la liquidazione giudiziale o controllata in caso di scoperta di atti in frode è espressamente prevista con riferimento anche alle procedure di regolazione dell'insolvente civile.

Quanto illustrato in ordine ai compiti del PM con riferimento all'iniziativa per la liquidazione giudiziale riguarda per il rinvio di cui all'art. 3 della legge c.d. Prodi *bis* (d.lgs. n. 270/99).