

Domanda di accesso

Tribunale di Salerno, Sez. III civ. fall., 23 novembre 2023, decr. - Pres. Est. G. Jachia - Farmacia Sant'Angelo di L.R. & C. S.a.s.

Procedimento unitario - Domanda di concessione di termine - Procedura concorsuale - Definizione

(CCII artt. 40 e 44)

La concessione del termine di cui al combinato disposto degli artt. 40 e 44 CCII: a) apre una procedura concorsuale prenotativa sia in favore del debitore sia della massa, in quanto, in caso di risoluzione i termini di cui all'art. 170, comma 2, CCII, decorrono a ritroso dal giorno del deposito della domanda; b) determina lo spossessamento attenuatissimo del debitore; c) apre il concorso tra i creditori.

Procedimento unitario - Domanda di concessione di termine - Domanda riconvenzionale - Inquadramento

(Cod. civ. artt. 163 e 167; CCII art. 44)

La prerogativa processuale che il debitore spende all'esito del termine concesso dal collegio per il deposito della documentazione, sostanza, ai sensi degli artt. 40 e 10 CCII, una vera e propria domanda riconvenzionale, che comporta l'obbligo di deposito non solo dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e dell'elenco nominativo dei creditori, ma anche dei documenti indicati nell'art. 39, comma 1, CCII.

Il Tribunale (*omissis*).

1.2 Ai sensi dell'art. 46 c. 1 CCII, ove dispone che dopo il deposito della domanda di accesso ... anche ai sensi dell'articolo 44 CCII ..., va precisato che dopo la pubblicazione dell'odierno provvedimento di accoglimento della domanda di concessione del termine la debitrice entra in una procedura concorsuale nella quale (primo effetto) può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione solo previa autorizzazione del tribunale.

Non rileva che non si possa qualificare come C.P. o come altra procedura, rileva che alla dichiarazione della sua apertura con il decreto di fissazione del termine (ex art. 44 c. 1 CCII) il codice attribuisca plurimi effetti (non solo quelli di cui all'art. 46 c. 1 CCII ma anche quelli di cui ai commi successivi perché condividendo attenta dottrina si deve ritenere che il rinvio all'art. 44 CCII debba intendersi replicabile anche con riferimento alle fattispecie precisate nei commi successivi).

Si vuole osservare, in altre parole, che non si versa in una situazione di mera pendenza del procedimento unitario simile a quella nella quale il tribunale (in composizione monocratica) concede misure cautelari e/o protettive ex artt. 54 e 55 CCII. Infatti e non a caso l'eventuale dichiarazione di liquidazione giudiziale non è resa ai sensi dell'art. 49 c. 1 CCII ma ai sensi dell'art. 49 c. 2 CCII.

Del resto, *olim*, sotto la vigenza della legge fallimentare l'ammissione al concordato preventivo con riserva determinava l'apertura di tale procedura salva la facoltà di accedere a quella ex art. 182 bis l. fall. e non vi è ragione per non ritenere che anche oggi si apra una vera e propria procedura concorsuale con precisi effetti giuridici.

In dottrina si individuano plurimi effetti conseguenti alla concessione del termine tra i quali (secondo effetto) la prededuzione ex art. 46 c. 3 CCII (terzo effetto)

l'esclusione della possibilità per i creditori di acquisire diritti di prelazione ex art. 46 c. 4 CCII.

Il legislatore, quindi, per consentire, come osserva autorevole dottrina in maniera più marcata che l'intervallo temporale concesso fosse non solo adoperato in funzione della costruzione di un piano ristrutturatorio, ma anche per valutare lo strumento più adatto a veicolarlo ha reso meno evidente che il decreto di fissazione del termine è in realtà un decreto di apertura di una procedura concorsuale.

1.3 Del resto ai sensi dell'art. 170 c. 2 CCII i termini di cui agli artt. 163, 164, 166 c. 1 e 2, 169 CCII decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di accesso ad una procedura concorsuale.

Invece l'art. 40 CCII usa l'espressione (forse non equivalente a domanda di accesso a procedura concorsuale) di domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

1.4 Altri due elementi che impongono di qualificare come procedura concorsuale la fase tra la pubblicazione del decreto di concessione del termine ex art. CCII e qualunque successivo provvedimento del Tribunale assunto nel medesimo procedimento sono (ai sensi dell'art. 44 c. 1 lettera b l CCII) l'obbligatorietà della nomina del commissario giudiziale e l'autorizzazione al commissario giudiziale ad accedere alle banche dati (ai sensi dell'art. 44 c. 1 lettera b CCII laddove richiama l'art. 49 c. 3 lettera f CCII).

1.5 Tanto consente di utilizzare per la procedura ex art. 44 CCII il sintagma in senso lato di procedura concorsuale lasciando aperte la tematica se si tratti di uno strumento di regolazione della crisi ai sensi della lettera m-bis dell'art. 2 CCII e l'individuazione degli effetti del decreto atteso che non è questa la sede per esaminare più approfonditamente il significato e tutti gli effetti dell'inciso "anche ai sensi dell'art. 44" (inserito con il d. lgs 17.06.22 n. 83) nel primo

comma dell'art. 46 CCI rubricato "Effetti della domanda di accesso ...".

Non è chi non veda che emergono dalle (poche) disposizioni insite o richiamate dall'art. 44 CCII regole disciplinanti: a) gli organi; b) i compiti ed i poteri degli organi; c) il concorso dei creditori prededucibili e concorsuali su un patrimonio ormai separato; d) ed a converso l'esclusione dei creditori successivi se non prededucibili.

1.6 In sintesi la concessione del termine ex art. 40 e 44 CCII: I) apre una procedura concorsuale prenotativa tanto in favore del debitore quanto della massa in quanto, come già sottolineato, in caso di risoluzione i termini (ad es. ex art. 170 c. 2) decorrono a ritroso dal giorno del deposito della domanda; II) determina lo spossamento attenuatissimo del debitore; III) apre il concorso tra i creditori.

1.7 Tanto premesso in diritto, *in limine litis*, va ora dato atto della sussistenza del requisito dell'ubicazione della sede legale in questo circondario e della sussistenza pacifica e non controversa tra le parti dei requisiti soggettivi ed oggettivi per l'ammissione alla procedura di liquidazione giudiziale ed alle relative procedure alternative in quanto (in sintesi) è pacifico che si tratti di imprenditore commerciale con una debitoria milionaria ed uno squilibrio tra attivo e passivo di non meno di otto volte.

1.8 Gradatamente, va osservato che all'esito del termine concesso dal collegio per il deposito della documentazione il debitore ha depositato tutta la documentazione prescritta e necessaria. Infatti si tratta in realtà di c.d. domanda riconvenzionale ex art. 40 c. 10 CCII il che comporta l'obbligo non solo dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e dell'elenco nominativo dei creditori (con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, oltre che con l'indicazione del loro domicilio digitale, se ne sono muniti) ma anche dei documenti indicati dall'art. 39 c. 1 CCII.

1.9 Infatti questo ricorso del debitore è stato depositato, come già detto, nel subprocedimento *sub. 2* perché nel subprocedimento *sub. 1* sono pendenti i ricorsi riuniti formulati da tre creditori (Farmacia Filella srl, Farmanet srl e C & G Farmaceutici spa) richiedenti l'apertura della liquidazione giudiziale a carico della debitrice.

1.10 Anche se tematica già risolta con ordinanza interlocutoria va rammentato:

a) che nel procedimento *sub. 1* si è già tenuta l'udienza del 20 giugno 2023 in forma scritta nel corso della quale si è accolta la richiesta di rinvio per bonario componimento formulata dalla società debitrice;

b) che in tale udienza non si è neppure proceduto alla verifica della regolare costituzione delle parti;

c) che appunto sebbene onerati nel decreto di fissazione i creditori non hanno notificato l'invito per l'udienza del 20 giugno 2023 al socio accomandatario;

d) che nel corso dell'udienza del 25 ottobre 2023 il difensore del debitore ha eccepito la nullità della prima udienza del ricorso proposto dai creditori per mancata notifica al socio accomandatario e quindi l'infondatezza del rilievo reso di ufficio sulla non tempestività del ricorso proposto dal debitore;

e) che il difensore di uno dei creditori ha rappresentato che se era vero che non era stata fatta la notifica al socio accomandatario era vero anche che il ricorso era fondato e che si sarebbe dovuto procedere subito alla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale solo per la società e rinviare a breve per quella inerente il socio accomandatario.

f) che il difensore di uno dei creditori osservava inoltre che nei confronti della società la prima udienza si è già regolarmente tenuta.

Va ora ribadito quanto già osservato nel provvedimento interlocutorio vale a dire che in questo caso l'udienza inerente la società convenuta si è con ogni evidenza arrestata in limine perché nessuna delle parti ha depositato vere e proprie note di udienza ma solo e soltanto richieste di rinvio al fine di consentire la definizione bonaria.

Come già osservato il procedimento unitario si regge sul principio di buona fede sicché appare del tutto incongruo ritenere che si sia concretizzata la decadenza dalla facoltà di proporre gli strumenti alternativi a seguito di una richiesta congiunta di rinvio dell'udienza per l'apertura della liquidazione giudiziale.

Come già osservato il giudice delegato nel fissare la nuova udienza, non ha neppure costituito le pari e ha soltanto raccolto la volontà congiunta delle parti e quindi ha disposto il chiesto rinvio.

Sul punto si è già ricordato che in dottrina la tematica è esposta incisivamente laddove si chiede di definire quale sia il segmento processuale della c.d. "prima udienza" e se si tratti della prima comparizione fisica o telematica delle parti innanzi al giudice designato all'istruttoria ed alla trattazione del procedimento unitario per l'apertura della liquidazione giudiziale, se si debba tener conto anche di udienze di mero rinvio o di non effettiva trattazione ovvero di un rinvio fuori udienza in cui lo spazio ed il segmento processuale non si sia affatto tenuto; in giurisprudenza (cfr., Tribunale di Messina, decreto 2 dicembre 2022, in Diritto della Crisi) si è precisato che il termine decadenziale contemplato dall'art. 40, comma 10, CCII ai fini dell'eventuale proposizione di una richiesta di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi *ex latere debitoris* coincide con la prima udienza di reale trattazione del procedimento, non già con quella in origine fissata e successivamente non celebrata.

Quindi nel caso che ci occupa la prima udienza si è celebrata telematicamente, ma solo in limine e quindi senza reale trattazione, anzi con l'accordo di non svolgere una reale trattazione.

In realtà a ben vedere emerge che le parti avevano implicitamente stipulato un accordo di rinvio con salvaguardia dei diritti di prima udienza depositando due note scritte concordate. Certo la riserva dei diritti di prima udienza non vi è ma l'interpretazione proposta dal ricorrente potrebbe determinare una limitazione alla facoltà di tutela dei diritti, precludendo al debitore l'accesso ad uno strumento di risoluzione della crisi o insolvenza alternativo alla liquidazione giudiziale, sol per l'adesione ad un accordo processuale di rinvio. Tanto comporta il ribadire

anche in questo provvedimento definitivo del P.U. che prima della vera prima udienza il debitore ha formulato tempestivamente la richiesta ex artt. 40 e 44 CCII.

1.11 Va ora rilevato che tutte le parti di questo complesso P.U., creditori, società e socio accomandatario hanno tutti oggi potuto regolarmente interloquire sulle decisioni da assumere.

1.12 Va ora osservato che attenta lettura in via di consolidamento del principio di trattazione prioritaria della domanda del debitore diretta a regolare la crisi porta ad affermare che le tre eccezioni fissate dal secondo comma dell'art. 7 non si applichino alla prima fase del ricorso ex artt. 40 e 44 CCII, al ricorso con riserva di deposito. Tuttavia tale lettura va integrata alla luce del primo e secondo comma dell'art. 44 laddove al primo comma indica al giudice la possibilità

di concedere un termine tra trenta e sessanta giorni, il che disciplina una discrezionalità tecnica senza neppure fare riferimento ai giustificati motivi indicati alla lettera solo per l'eventuale proroga. Soprattutto va integrata con la disamina del potere di revoca del termine quando emergano condotte del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi. Ma non solo. Tale lettura va integrata dalla considerazione che tanto nella fase dell'integrazione documentale per l'ammissione allo strumento di regolazione con riserva del deposito della proposta e del piano quanto nella successiva fase dell'apertura con riserva dello strumento di regolazione tutte le parti devono ai sensi dell'art. 4 C. 1 CCII comportarsi secondo buona fede perché si è in bilico tra art. 7 c. 2 ed art. 44 c. 2. (*omissis*).

Di alcune questioni in tema di domanda di concessione di termine ex art. 44 CCII di Giovanni Carmellino (*)

Con il presente commento l'autore intende offrire, sulla scorta della decisione del Tribunale di Salerno, un contributo alla ricostruzione della fattispecie prevista dall'art. 44 CCII in termini di procedura concorsuale, fattispecie che, pur tuttavia, non è sovrapponibile alla domanda riconvenzionale nel suo classico significato processual-civilistico.

In this paper the Author aims to provide, according to court's of Salerno decision, a contribution to identifying of case provided for in Article 44 CCII as insolvency proceedings, case however that is not similar to counter-claim in its classical procedural meaning.

Il provvedimento in sintesi

Il provvedimento in commento, sebbene reso in un segmento procedimentale apparentemente agile (come *infra* si avrà modo di approfondire) e che sembrerebbe avere poco di cui parlare, in realtà, e in prima battuta, pone le basi per la rivalutazione dei caratteri e della natura di una "istituzione" del diritto concorsuale italiano (1), vale a dire il concetto di procedura concorsuale. Inoltre sostanzia uno dei primi esempi (2) della emersione, nelle prose motivazionali, di molte delle categorie individuate in dottrina (3) per descrivere la dinamica incrociata

che può svilupparsi all'interno del procedimento unitario previsto all'art. 40 CCII.

Da un lato, in effetti, il decreto, pronunciato su domanda ex artt. 40 e 44 CCII di accesso agli strumenti di regolazione della crisi, con contestuale richiesta di concessione di termine, è chiaro quando sostiene come dopo la pubblicazione del provvedimento di accoglimento il debitore entri in una procedura concorsuale, non rilevando che non si possa qualificare al modo di concordato preventivo o di altra procedura, ma rilevando solo la produzione di plurimi effetti propri di una procedura concorsuale. E se di

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

(1) Si consenta l'utilizzo improprio di questa locuzione, che però sembra abbracciare il diritto fallimentare classico e il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza come riformato dal CCIII.

(2) Si veda anche Trib. Messina 2 dicembre 2022, in *Diritto della crisi*, citato dal decreto in commento.

(3) Assai evocativa, sul tema della natura delle domande giudiziali proponibili in occasione dell'apertura del procedimento

unitario e sugli sviluppi che esse possono subire fin dalle fasi introduttive del medesimo, è l'espressione "domanda deambulante" utilizzata da F. De Santis, *Le fasi introduttive del c.p. procedimento unitario*, in questa *Rivista*, 2022, 1207. Per una prima panoramica delle norme del nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza v. M. Fabiani, *Introduzione ai principi generali e alle definizioni del codice della crisi*, *ibid*, 1173.

procedura concorsuale trattasi, allora non può che sostanziare una procedura concorsuale prenotativa, tanto in favore del debitore quanto della massa.

Dall'altro, come poc'anzi anticipato, nella motivazione del decreto si rinvenivano tracce delle categorie utilizzate dalla dottrina per descrivere il fenomeno dell'incrocio di domande nel contesto del procedimento unitario, tanto è vero si fa espresso riferimento alla figura della domanda riconvenzionale a proposito del potere speso dal debitore per "fronteggiare" una istanza di apertura di liquidazione giudiziale.

Questo in sintesi il decreto (4).

Cenni sulla domanda di accesso con richiesta di concessione di termine

Spesso avvicinato al "concordato in bianco (5)", nonostante i dubbi generati dalla pratica abusiva di siffatto strumento (6), la domanda di accesso al procedimento unitario con riserva di deposito della documentazione rimane aggrappata al CCII, che ne avrebbe, a detta di alcuni (7), meglio definito la disciplina e sottolineato le profonde differenze (8).

Ai sensi dell'art. 44 CCII, dunque, il debitore può presentare la domanda di cui all'art. 40 CCII con la documentazione prevista dall'art. 39, comma 3 (9), CCII, chiedendo la concessione di un termine per il deposito di proposta, piano e accordi (10).

(4) Per vero, a nostro avviso, del provvedimento meritano di essere segnalati anche ulteriori *decisa* i quali, per ragioni di spazio, non potranno essere oggetto del presente contributo ma che verranno comunque menzionati ai fini di una migliore comprensione: ed infatti, da un lato, il Tribunale campano sostiene che la buona fede su cui si regge il procedimento unitario impedisce di ritenere concretizzata la decadenza dalla facoltà di proporre strumenti alternativi a seguito di una richiesta congiunta di rinvio dell'udienza per l'apertura della liquidazione giudiziale, non trattandosi di reale udienza di trattazione del procedimento; dall'altro, sostiene il giudice che, sebbene le tre eccezioni fissate dal secondo comma dell'art. 7 CCII non si applichino al ricorso con riserva di deposito di cui all'art. 44 CCII, la discrezionalità attribuita al giudice dalla norma nella modulazione del termine tra trenta e sessanta giorni, e l'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede, giustificano la concessione del termine minimo là dove la carenza documentale impedisca di valutare i motivi di cui al secondo comma dell'art. 7 CCII.

(5) Introdotto nell'art. 161 l.fall. con L. n. 134/2012 che ha convertito il D.L. n. 83/2012, con il fine di offrire al debitore la possibilità di presentare una domanda di concordato priva del piano e della proposta, con concessione di un termine per il loro deposito. In termini consimili oggi M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, Città di Castello, 2023, 77. In dottrina, riguardo alla disciplina previgente, cfr., senza completezza, F. Guertera, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, in *Riv. Società*, 2013, 1125; M. Fabiani, *Il concordato preventivo*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja - Branca - Galgano*, Bologna-Roma, 2014, 295; V. Donativi, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Riv. Società*, 2013, 1210; L. Boggio, *Formalità ex art. 152 l.fall. e concordato "con riserva" tra diritto vigente e riforma*, in *Giur. it.*, 2017, 267.

(6) Per la ripetuta applicazione del divieto di abuso in campo concordatario v. Cass. Civ. 14 febbraio 2017, n. 3836, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti*, n. 170; Cass. Civ. 26 maggio 2022, n. 17164, in questa *Rivista*, 2022, 1610; Cass. Civ. 11 novembre 2021, n. 33594, in *Società*, 2022, 211; Cass. Civ. 31 marzo 2021, n. 8982, in *Rep. Foro it.*, 2021, voce *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti*, n. 163; Cass. Civ. 7 dicembre 2020, n. 27936, in questa *Rivista*, 2021, 954; Cass. Civ., SS.UU., 15 maggio 2015, n. 9935, *id.*, 2015, 774 e con nota di G. Ferro, *Rapporti fra concordato preventivo e istruttoria prefallimentare: pregiudizialità e limite dell'abuso del processo ed ibidem*, 908, e con nota di F. De Santis, *Principio di prevenzione ed abuso della domanda di concordato: molte conferme e qualche novità dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione*, nonché in *Foro it.*, 2015, I, 2335, con nota di M. Fabiani, *Di un'ordinata decisione della Cassazione sui rapporti*

fra concordato preventivo e procedimento per dichiarazione di fallimento con l'ambiguo addendo dell'abuso del diritto. Per la dottrina v. F. Macri, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, in questa *Rivista*, 2014, 13; S. Pacchi, *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 2015, 789; R. Russo, *Concordato preventivo in bianco e dichiarazione di fallimento: tra possibili interferenze e rischio di abuso del processo*, in *Giur. it.*, 2018, 135; R. Santagata, *Concordato preventivo "meramente dilatorio" e nuovo "Codice della crisi e dell'insolvenza": verso il tramonto dell'abuso di diritto (o del processo)?*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 333; R. Rordorf, *Il diritto esorbitante: abuso del diritto, abuso del processo, abuso del concordato*, in questa *Rivista*, 2020, 1199; S. Ambrosini, *L'anticipazione degli effetti della domanda di concordato*, in F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare*, VI, Torino, 2014, 19; M. Arato, *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, 2013; P. Vella, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in questa *Rivista*, 2013, 82.

(7) Così espressamente S. Di Amato, *Diritto della crisi di impresa*, Milano, 2022, 344; si veda anche A. Farolfi, *Il nuovo ruolo del giudice dell'esecuzione nella tempestiva emersione della crisi di impresa*, in *Riv. es. forz.*, 2020, 58.

(8) Sul punto G.B. Nardecchia, *Gli effetti della domanda ex art. 44 CCII*, in questa *Rivista*, 2023, 1321, nota come tali novità abbiano importanti ripercussioni sistematiche dato che, una volta sganciata la domanda di concessione di termine dall'alveo della disciplina del concordato preventivo, e ricondotta nel più ampio *genus* degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, vengano meno tutti gli argomenti che avevano condotto la giurisprudenza pronunciata sotto il regime previgente a ritenere che la presentazione domanda di concordata ex art. 161, comma 6, l.fall., desse la stura ad un primo segmento concorsuale (cfr. Cass. Civ. 12 marzo 2020, n. 7117, in questa *Rivista*, 2020, 927; Cass. Civ. 14 marzo 2016, n. 4977, *ivi*, 2017, 478).

(9) E cioè: a) i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi o, per le imprese non soggette all'obbligo di redazione del bilancio, le dichiarazioni dei redditi e le dichiarazioni IRAP concernenti i tre esercizi precedenti; b) l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, oltre che con c) l'indicazione del loro domicilio digitale, se ne sono muniti.

(10) In generale, R. Fedele - L. De Propriis - B. Sperati - M. Baranca, *Accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza con riserva di deposito di documentazione*, in M. Giorgetti - A. Bonafine (a cura di), *Codice della crisi e dell'insolvenza*, 2022, 93; S. Ambrosini, *Accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza: iniziativa e procedimento unitario*, in S. Ambrosini - S. Pacchi (a cura di), *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, 2023, 139; G. Trimarchi, *Manuale del diritto della crisi e dell'insolvenza*, Napoli, 2023; A. Jorio, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Milano,

Salta immediatamente all'attenzione l'alternativa che il legislatore consegna al debitore (11), sin dall'inizio, tra proposta di concordato, accordi di ristrutturazione e piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione. La *ratio*, sulla quale c'è concordia in dottrina, andrebbe individuata nella concessione al debitore del beneficio della protezione conseguente al deposito della domanda anche quando non è ancora stato completato il lavoro di preparazione del piano, dell'asseverazione e della proposta (12); certo è che, come nota il provvedimento del Tribunale di Salerno, con tale domanda si avvia il procedimento unitario (13).

Sebbene si registri in giurisprudenza qualche voce apparentemente dissonante (14), è diffuso in letteratura l'accordo sul fatto che non sia necessario, per il debitore, indicare lo strumento da attivare alla conclusione del periodo interinale (15); vero è che, però, la presentazione di una domanda maggiormente articolata appare indispensabile quando il debitore, che vuole avvalersi delle nuove opportunità regolamentari, intende chiedere l'autorizzazione per il compimento di una serie di atti rilevanti (16).

Quanto al procedimento, il tribunale, indagata la sussistenza dei presupposti previsti dalla norma con una valutazione di carattere sommario (17), i) fissa un termine compreso tra trenta e sessanta giorni (18), prorogabile su istanza del debitore in presenza di giustificati motivi e in assenza di domande per l'apertura della liquidazione giudiziale, fino a ulteriori sessanta giorni, entro il quale il debitore deve depositare la documentazione relativa allo strumento che intendente utilizzare (19); ii) nomina un commissario giudiziale affinché riferisca al tribunale al tribunale su ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero su ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi (20); iii) dispone gli obblighi informativi periodici anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che il debitore deve assolvere con periodicità almeno mensile, e sotto la vigilanza del commissario giudiziale; iv) ordina al debitore il versamento, entro un termine perentorio non superiore a dieci giorni, di una somma per le spese della procedura (21).

2023; F. Santangeli, sub art. 44, in F. Santangeli (a cura di), *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2023, 310; F. del Rosso - B. Trisorio Liuzzi, *Il concordato preventivo*, in G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *Diritto della crisi d'impresa*, 2023, Bari, 258.

(11) Legittimato esclusivo (v. A. Audino, sub art. 44, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, Milano, 2023, 269).

(12) Così G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, 117.

(13) M. Fabiani - G.B. Nardecchia (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Formulario commentato*, Milano, 2023, 275.

(14) Per Trib. Catania 3 novembre 2022, in *Foro it.*, 2023, I, 312, *si vis*, con osservazioni di G. Carmellino, a differenza della norma inserita nel comma sesto dell'art. 161 l.fall., che espressamente si riferisce alla domanda di concordato preventivo con riserva, al fine di ottenere la produzione degli effetti derivanti dalla omologazione di uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza sarebbe necessario che nel ricorso introduttivo fosse espressamente indicato lo strumento di regolazione medesimo in grado di produrre quello specifico effetto; nello stesso senso A. Audino, sub art. 44, cit., 270.

(15) R. d'Alonzo - F. De Santis, *Il cd. procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, in *Diritto della crisi*, 4 ottobre 2022, si pongono in senso più elastico, da una parte, perché obbligare il debitore ad indicare al Tribunale un obiettivo specifico sarebbe distonico rispetto all'esigenza che il termine accordato tenderebbe a precisare e, dall'altra, perché la domanda con riserva produrrebbe in ogni caso i medesimi effetti sostanziali e processuali (e cioè quelli di cui agli artt. 44, 45 e 54 CCII). Negli stessi termini anche L. De Simone, *L'accesso "con riserva" al procedimento unitario*, *ibid.*, 7 ottobre 2022, secondo la quale, sebbene la norma dell'art. 46 CCII corra solo al concordato, il contenuto precettivo di essa abbraccia anche le ipotesi in cui manchi nella domanda di termine una specificazione dello strumento prescelto, essendo il termine medesimo funzionale proprio a selezionare, tra quelli possibili, lo strumento più adatto in concreto alla regolazione della crisi o dell'insolvenza.

(16) M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, cit., 77, si riferisce alle autorizzazioni al compimento degli atti di straordinaria amministrazione, all'autorizzazione a contrarre finanziamenti, all'autorizzazione alla sospensione dei rapporti pendenti, e all'autorizzazione ad eseguire pagamenti a favore dei creditori concorsuali.

(17) In questi termini F. De Santis, *Il processo di concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2020, 1260, per il quale la concessione del termine non implicherebbe alcuna valutazione in ordine all'ammissibilità della domanda di concordato, neppure sotto il profilo della configurabilità della stessa come abuso del diritto.

(18) È stato notato che, quando il debitore chiede la concessione del termine, il tribunale non è tenuto a disporre la convocazione ma può provvedere *de plano* (così F. Lamanna, *Il codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, Milano, 2022, 305, che attribuisce questa possibilità, ovviamente, al provvedimento di accoglimento, dovendo trovare attuazione sia l'obiettivo della celerità della procedura, sia quello di fare scattare a vantaggio del debitore gli effetti anticipatori della domanda. Diverso, invece, sarebbe il caso in cui il tribunale si determinasse per il rigetto, là dove è necessario integrare il contraddittorio). Il termine è da considerarsi perentorio (Cass. Civ. 7 dicembre 2022, n. 35959, in questa *Rivista*, 2023, 415).

(19) A. Nigro - D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2023, 399, ritengono che il tribunale sia libero di scegliere discrezionalmente il termine concreto tra i trenta e i sessanta giorni, così come sarebbe libero di concedere o meno la proroga prevista, e la cui decisione sarebbe insindacabile in sede di legittimità (Cass. Civ. 31 marzo 2016, n. 6277, in questa *Rivista*, 2017, 600; Cass. Civ. 10 gennaio 2017, n. 270, *ibid.*, 264).

(20) Per i primi approfondimenti in ordine alla prassi di nominare un professionista con i compiti di vigilanza v. M. Ferro - P. Bastia - G. M. Nonno, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013, 115.

(21) Secondo G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 119, il decreto di concessione dei termini, pur in mancanza di espressa previsione normativa, andrebbe trascritto nei pubblici registri a cura del commissario giudiziale.

Di seguito gli effetti prodotti dalla domanda, per certi versi equivalenti a quelli generati dalla domanda piena, a richiesta del debitore (22): a) compimento di atti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del giudice; b) concessione di misure protettive e cautelari ex art. 54 CCII; c) sospensione dei contratti pendenti; c) autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili; d) esecuzione di pagamenti a favore di creditori strategici; e) sebbene dibattuto, pare si applichi anche la regola della inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori alla pubblicazione della domanda sul registro delle imprese (23). Non sono previste, invece, la neutralizzazione degli obblighi di ricapitalizzazione e la sterilizzazione dell'obbligo di scioglimento della società a seguito della perdita del capitale sociale (24); neppure operano le norme previste in tema di effetti della liquidazione giudiziale sui creditori e sui crediti.

La sanzione relativa alle condotte "decettive" del debitore è individuata dalla legge non già nella inammissibilità, bensì nella revoca del termine, misura che, secondo alcuni, meglio consente di argomentare la previsione normativa della sua non impugnabilità con reclamo (o con ricorso straordinario in cassazione) (25): in questa ipotesi il debitore pare possa ripresentare proposta e piano senza termine, fatto salvo l'incedere delle domande per l'apertura della liquidazione giudiziale, contestualmente pendenti o successivamente presentate (26). Secondo altri, al contrario, la domanda di concessione del termine incontrerebbe la sanzione della inammissibilità, e potrà essere riproposta soltanto quando si verifichino mutamenti delle circostanze (27).

La concorsualità tradizionalmente intesa

Per verificare la correttezza della riflessione contenuta nel primo *decisum*, e cioè dimostrare la concorsualità della procedura attivata attraverso una domanda di concessione di termine ex art. 44 CCII, è opportuno prendere le mosse dalla teorica che ruota attorno alla demarcazione della categoria tradizionale di "procedura concorsuale".

Siffatta categoria, che è agevole riscontrare tanto nel diritto civile (28) quanto del diritto della crisi e dell'insolvenza (29), rappresenta il presupposto per l'applicazione di specifiche regole a soggetti individuati (imprenditore commerciale o altre soggettività tipizzate) e in presenza di patologie oggettive variamente intese (30), regole sia interne che previste da convenzioni internazionali (31). È generalmente considerata la procedura nella quale, attraverso l'intervento di un'autorità pubblica e l'imposizione di un vincolo di varia natura e intensità sul patrimonio del debitore, viene attuata la composizione coattiva dei rapporti tra debitore e i suoi creditori (32), i cui tratti distintivi si rinvencono nella a) previsione di un accertamento di una situazione di patologia dell'impresa (insolvenza, crisi, irregolarità); b) la previsione che l'accertamento sia rimesso all'apprezzamento di una autorità pubblica (giurisdizionale o amministrativa); c) la previsione dell'affidamento della gestione - o di un controllo sulla gestione - ad un organo nominato dall'autorità pubblica; d) la previsione del coinvolgimento dell'intero patrimonio dell'imprenditore nella gestione sostitutiva; e) la collettivizzazione delle tutele e l'inibizione alla creazione di posizioni di preferenza; f) l'applicazione tendenziale delle regole di parità di trattamento nel quadro di norme di distribuzione del valore; g) l'imposizione di un vincolo sui beni del debitore con formazione di

(22) R. d'Alonzo - F. De Santis, *Il cd. procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, cit., 23, parlano di produzione dei medesimi effetti sostanziali e processuali della domanda piena.

(23) In questo senso M. Fabiani - G.B. Nardecchia (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 276.

(24) In giurisprudenza Trib. Arezzo 7 novembre 2022, in *Diritto della crisi*.

(25) In linea con la giurisprudenza delle Sezioni Unite che voleva, nel vigore della legge fallimentare, la non impugnabilità dei provvedimenti collocati nella fase anteriore all'omologazione del concordato preventivo, con i quali veniva disposta la chiusura della procedura senza la contestuale dichiarazione di fallimento, cfr. Cass. Civ., SS.UU., 28 dicembre 2016, n. 27073, in questa *Rivista*, 2017, 537).

(26) V. F. De Santis, *Le fasi introduttive del c.d. procedimento unitario*, cit., 1207.

(27) Cfr. M. Fabiani - G.B. Nardecchia (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 278.

(28) Si veda ad esempio l'art. 2499 c.c. in tema di "limiti alla trasformazione societaria".

(29) Di cui agli artt. 6, 268 e 360 CCII (per il regime previgente, cfr. l'art. 111 l.fall.).

(30) Sul punto, così, M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, Piacenza, 2023, 8; M. Irrera, *Dal fallimento al diritto della crisi*, in M. Irrera - F. Pasquariello - M. Perrino (a cura di), *Lineamenti di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2023, 19.

(31) A. Nigro - D. Vattermolli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 399. Si veda anche M. Spiotta, *È necessaria o inutile una definizione di procedura concorsuale (o di procedura di regolazione della crisi o di quadro di ristrutturazione)? Quando le categorie generali possono conservare funzionalità*, in *Diritto della crisi*, 22 aprile 2022, 5, la quale sostiene, invece, che le categorie classiche della universalità, della generalità e della officiosità caratterizzanti le procedure concorsuali non abbiano retto all'impatto delle varie riforme.

(32) G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 5.

una massa funzionalizzata alla soddisfazione dei creditori (33).

Non ogni procedura è, per ciò solo (vale a dire per la sua naturale procedurale), anche concorsuale (34), ma dopo il passaggio della stagione della legge fallimentare, in cui il fallimento era paradigma (35), i termini della questione, già abbastanza incerti (36), si intrecciano (qualcuno sostiene che perdano rilievo) (37), con la istituzionalizzazione, nella lett. m-bis) dell'art. 2 CCII, della categoria degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (38).

D'altronde la Riforma, di procedura concorsuale, continua a non fornire definizione alcuna (39).

In effetti, al di là della circostanza che le figure riconducibili alla detta categoria sono fra loro profondamente disomogenee (40), e che, se la procedura per essere tale non richiede il carattere della concorsualità, questa invece può esplicarsi solo in una procedura (41), tra gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza sono inclusi degli istituti che non coincidono con le procedure concorsuali: oltre alle figure disciplinate dall'art. 40 CCII (concordato pre-

ventivo, accordi di ristrutturazione, piano di ristrutturazione e concordato semplificato (42)), tra gli strumenti sicuramente rientrano piani attestati, convenzioni di moratorie (43), concordato minore, piano per la ristrutturazioni dei debiti del consumatore e, addirittura, amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (44).

Si vede bene come, dunque, appaia assai articolato rinvenire caratteristiche comuni che ci consentano di affermare, con estrema esattezza, quando ci troviamo davanti a una procedura concorsuale (45), di talché fin d'ora può convenirsi con il provvedimento in commento, il quale non si colloca poi troppo distante da una realtà definitoria forse irrecuperabile, non fosse altro che, ormai, la migliore dottrina, con una espressione centrale, ha definito quella della concorsualità come una categoria "liquida" (46).

E allora, se si volesse tentare di approssicare al fenomeno della concorsualità nonostante il caleidoscopio riflesso dalla stagione riformista, non possiamo che farla risalire, presumibilmente, al dato forse davvero unitario della attuazione coattiva della responsabilità

(33) M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 9.

(34) In questo senso F. Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023, 330.

(35) A tal proposito A. Nigro - D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 43.

(36) Un classico tema concorsuale che ha imperversato in dottrina e in giurisprudenza fino all'entrata in vigore del CCII ha riguardato proprio la individuazione della natura degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182-bis l.fall., originariamente considerati contratti veri e proprio (tranne quale voce dissonante) e poi, in considerazione della attribuzione normativa di molte delle prerogative del concordato preventivo, avvicinati e inseriti a pieno titolo nel palinsesto delle procedure concorsuali (per la soluzione positiva, v. Cass. Civ. 18 gennaio 2018, n. 1182, in questa *Rivista*, 2018, 285; Cass. Civ. 12 aprile 2018, n. 9087, *ibid*, 984; Cass. Civ. 21 giugno 2018, n. 16347, in *One LEGALE* <https://onelegale.volterskluwer.it/>; contrarie, nel merito, Trib. Roma 27 febbraio 2019 e Trib. Milano 20 dicembre 2018, in questa *Rivista*, 2019, 1330). In quel periodo, anche chi scrive insisteva per la non concorsualizzazione degli accordi di ristrutturazione (si vis G. Carmellino, *I giudizi di omologazione tra degiurisdizionalizzazione e contratto*, Napoli, 2018). Per uno sguardo nuovo cfr. P. Vella, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel nuovo palinsesto del CCII*, in *Riv. Società*, 2022, 1185; E. Staunovo Polacco, *I presupposti*, in C. Pagliughi - E. Staunovo Polacco - M.E. Pilon, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2023, 25.

(37) In tema S. Di Amato, *Diritto della crisi di impresa*, cit., 11.

(38) E cioè misure, accordi e procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività o passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività (cfr. C. Avolio, sub art. 2, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, cit., 37).

(39) Cfr. A. Nigro - D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 44, che criticano il legislatore per il fatto di non aver ritenuto di cogliere l'opportunità di definirla.

(40) Per natura (giudiziale, amministrativa o mista), per presupposti soggettivi ed oggettivi, per iniziativa (volontaria o coattiva), per struttura o addirittura per finalità (conservativa o liquidatoria); per una elencazione si veda A.M. Tedoldi, *Crisi, insolvenza, sovraindebitamento*, Pisa, 2022, 50.

(41) F. Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, cit., 331.

(42) A tal proposito, sulla concorsualità dell'istituto del concordato semplificato, si vis G. Carmellino, *Prove di concorsualità per il concordato semplificato*, in questa *Rivista*, 2023, 699; cfr. G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, in *Diritto della crisi*, 9 novembre 2021, 15; S. Leuzzi, *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, *ibid*, 5; A. Rossi, *L'apertura del concordato semplificato*, *ibid*, 18 marzo 2022, 3; *Id.*, *Le condizioni di ammissibilità del concordato semplificato*, in questa *Rivista*, 2022, 745; G. D'Attorre, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, *ivi*, 2021 1603.

(43) Che non partecipano del procedimento unitario (M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 10).

(44) A. Nigro - D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 56.

(45) Nonostante gli sforzi definitivi profusi in giurisprudenza (si veda la nota teoria dei "cerchi concentrici" di Cass. Civ. 12 aprile 2018, n. 9087, in *Dir. fall.*, 2019, II, 444) e nella dottrina aziendalistica (cfr. a tal proposito il documento elaborato dalla Società Italiana dei Docenti di Ragioneria e di Economia Aziendale - SIDREA - *Le parole della crisi. La lettura degli aziendalisti italiani*, che ha licenziato un *vademecum* di quelli che sarebbero i tratti distintivi delle procedure concorsuali).

(46) Nella quale i confini tra concorsuale e non concorsuale sono permeabili, tanto da consentire contaminazioni applicative fra varie fattispecie non sempre astrette da vincoli classificatori (v. G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 8).

del debitore, quale veicolo di regolamentazione coattiva dei rapporti fra il debitore e l'insieme dei suoi creditori (47) attraverso la imposizione di un vincolo di destinazione sul patrimonio del debitore, insensibile alle azioni esecutive individuali dei creditori e a "gestione protetta" (48). Ciò importa, se declinati nel tema che ci occupa, la distanza con l'esecuzione individuale in ragione della universalità del patrimonio coinvolto, della generalità di tutti i creditori esistenti alla data dell'apertura della procedura e della officiosità della medesima (49).

Recede invece il principio della *par condicio creditorum*, storicamente considerato dalla dottrina classica indefettibile di ogni procedura concorsuale (50): il riconosciuto carattere solo tendenziale e la mancata copertura costituzionale (51) hanno infatti risospinto nel CCII un suo riadattamento dal forte impatto (52), potendovi il legislatore derogare secondo un criterio di ragionevolezza (53).

Sulla scorta di una riconosciuta (ma da alcuni, sembrerebbe, mal percepita (54)) "concezione debole" di procedura concorsuale, e in base ai (residuati) tratti comuni di essa, dunque, è tempo di indagare la

correttezza della soluzione resa dal Tribunale di Salerno (55).

La domanda di concessione di termine ex art. 44 CCII e la "concorsualità attenuata"

Il decreto del giudice campano sostiene che la concessione del termine di cui al combinato disposto degli artt. 40 e 44 CCII: a) apre una procedura concorsuale prenotativa sia in favore del debitore sia della massa, in quanto, in caso di risoluzione i termini di cui all'art. 170, comma 2, CCII, decorrono a ritroso dal giorno del deposito della domanda; b) determina lo spossamento attenuatissimo del debitore; c) apre il concorso tra i creditori.

Vero è però che, se si volge lo sguardo verso il concordato in bianco ci si avvede del fatto che una parte della giurisprudenza, soprattutto di legittimità, non era affatto incline a riconoscerne i connotati di procedura concorsuale, e lo ha fatto quando si è trattato di negare la qualità di prededucibili ai crediti del professionista che avesse assistito il debitore nella presentazione della domanda di concordato poi trascinata in fallimento senza apertura di procedura (56):

(47) Ciò in quanto in presenza di determinati presupposti oggettivi e soggettivi, la tutela dei diritti del singolo va calibrata in relazione alla tutela di altri diritti di cui sono portatori altri soggetti (M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 21).

(48) A. Nigro - D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 46.

(49) G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 8.

(50) Solo per citare alcuni, S. Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1949, 4; F. Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1974, 92.

(51) Per il riconoscimento del valore solo tendenziale del principio, se del caso, cfr. G. Carmellino, *Ordine pubblico, principi di diritto concorsuale e riconoscimento di condanna statunitense*, in *Int'l is*, 2015, 22; in giurisprudenza v. Cass. Civ. 15 aprile 2019, n. 10540, in *Foro it.*, 2019, I, 4038, con osservazioni di G. Carmellino - F. De Ritis.

(52) Si pensi ad esempio alla recessione del principio della parità di trattamento (v. così M. Fabiani, *Il diritto diseguale nella concorsualità concordataria postmoderna*, in questa *Rivista*, 2022, 1485), o al test di "neutralità" degli effetti per i creditori oppositori in rapporto allo scenario alternativo indicato dalla legge in luogo di quello della "convenienza" che la domanda di concordato deve superare (così S. Ambrosini, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo)*, in *Dir. fall.*, 2022, I, 856). In tema v. S. Leuzzi, *Il volto nuovo del concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Diritto della crisi*, 12 settembre 2022, 13; G. D'Attorre, *Le regole di distribuzione del valore*, in questa *Rivista*, 2022, 1223; A. Pezzano - M. Ratti, *Le regole di distribuzione*, in *Diritto della crisi*, 6 settembre 2011; G.P. Macagno, *La distribuzione di valore tra regole di priorità assoluta e relativa. Il plusvalore da continuità*, *ibid*, 6 aprile 2022; G. Lener, *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità e alla "distribuzione" del patrimonio (tra regole di priorità assoluta e regole di priorità relativa)*, *ibid*, 25 febbraio 2022; G. Ballerini, Art. 160, comma 2°, l.fall. (art. 85 c.c.i.i.), surplus concordatario e

soddisfazione dei creditori privilegiati nel concordato preventivo, in *Nuove leggi civ.*, 2021, 625.

(53) V. S. Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., 12.

(54) Così F. Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, cit., 331, giacché strettamente riduttiva rispetto alla concezione tradizionale.

(55) Al modo di quanto sostenuto anche da M. Spiotta, *È necessaria o inutile una definizione di procedura concorsuale*, cit., 11, che offre, al fine di uscire dall'impasse, soluzioni "non necessariamente alternative tra loro": i) distinguere due accezioni di concorsualità: una tradizionale; l'altra moderna; ii) provare a cambiare il significato dei connotati qualificanti le p.c.; iii) coniare la nuova categoria della concorsualità liquida (malleabile/aeriforme); iv) disgiungere i termini: "concorsuale" da "procedura" e "procedura" da "concorsuale".

(56) Dibattito fecondo tra i togati che in questa sede è possibile riassumere solo parzialmente: tra le altre v. Cass. Civ. 9 gennaio 2020, n. 220, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>; Cass. Civ. 28 ottobre 2019, n. 27538, *ibid*; Cass. Civ. 30 marzo 2018, n. 7974, in questa *Rivista*, 2018, 535, con nota di G. Ferro, *Funzionalità e utilità della prestazione professionale nel concordato dichiarato inammissibile e clausola di compenso fisso*; Cass. Civ. 10 gennaio 2017, n. 280, in questa *Rivista*, 2017, 398, con nota di G.P. Macagno, *La S.C. conferma la prededucibilità de plano dei crediti dei professionisti per le attività finalizzate all'apertura del concordato, ma all'orizzonte si prospetta una nuova stretta normativa*; Cass. Civ. 5 dicembre 2016, n. 24791, *ibid*, 146, con nota di G. Ferro, *Situazione patrimoniale aggiornata della società e prededuzione del credito nel successivo fallimento*; Cass. Civ. 4 novembre 2015, n. 22450, *ivi*, 2016, 1270; Cass. Civ. 10 settembre 2014, n. 19013, *ivi*, 2015; Cass. Civ. 8 aprile 2013, n. 8533, in *Giur. it.*, 2013, 1821, con nota di L. Boggio, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e prededuzione: crediti professionali e oltre*, nonché in questa *Rivista*, 2014, 69, con note di G.B. Nardecchia, *I crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo* e di L. Salvato, *Prededucibilità del credito del professionista per l'assistenza nella fase di ammissione al concordato preventivo*.

la fase di preconcordato si sostanzierebbe in un procedimento di mera verifica di ammissibilità dell'apertura di una distinta procedura (di concordato) che si avrebbe solo al positivo esito degli accertamenti rimessi al tribunale, sicché l'anticipazione degli effetti del concordato alla data di pubblicazione della relativa domanda, anche "in bianco", costituirebbe un mero beneficio accordato all'imprenditore (57). Nel quadro così delineato il preconcordato si inseriva, dunque, come un mero momento procedimentale preliminare di verifica del concorso vero e proprio, in seguito alla cui (e solo in caso di sua) apertura si sarebbero realizzati i presupposti di procedura concorsuale (58).

Diversamente, il *decisum* in commento si allinea ad altro versante giurisprudenziale in cui si ravvisa, nella domanda con riserva, la medesima natura giuridica della domanda di concordato ordinaria, con la conseguenza che il procedimento dalla prima innescato non sarebbe un segmento isolato e distinto rispetto a quello ordinario caratterizzato dalla presentazione di piano, proposta e documentazione, bensì rappresenterebbe, senza soluzione di continuità, un'unica dinamica articolata in due fasi intere (59). Ciò perché, come si dirà a breve in ordine alla correttezza della riflessione del giudice campano, il pre-concordato prima, e la più ampia domanda di concessione di termine oggi, non presenterebbero vantaggi solo per il debitore: si condivide in questa sede chi sostiene che le disposizioni in tema di misure cautelari e protettive, in ragione dell'automatismo venuto meno, possono essere ripensate anche in senso funzionale alla conservazione del valore a favore dei creditori nel loro complesso (60). In effetti, alle direttrici poc'anzi indicate il decreto in commento aggiunge l'effetto della decorrenza dei termini di cui agli artt. 163, 164, 165, commi 1 e 2, e 166, comma 1, CCII, per la proposizione di azioni revocatorie e di

inefficacia in caso di successiva apertura della liquidazione giudiziale (61). Del resto, come sopra rilevato a proposito della disamina dell'istituto, la domanda ex art. 44 CCII, da una parte, avvia il procedimento unitario di cui all'art. 40 CCII, e, dall'altra, apre agli scenari ben definiti del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione (62).

Quindi l'idea di mera "anticipazione degli effetti" associata alla domanda di concessione di termine sarebbe forse da ripensare, in luogo proprio di una più aggiornata riflessione della concorsualità in linea con l'argomentazione del giudice di Salerno.

In effetti, sebbene non si tratti di "tradizionale spossessamento attenuato" del debitore (63), il deposito della domanda crea in ogni caso un contesto protetto di sorveglianza da parte del commissario, cui fanno da contraltare gli obblighi informativi gravanti sul debitore (64); ancora, apre il concorso tra i creditori nella misura in cui il compimento di atti di straordinaria amministrazione, la concessione di misure protettive e cautelari ex art. 54 CCII, la sospensione dei contratti pendenti, e, sebbene dibattuto come detto sopra (65), la inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori alla pubblicazione della domanda sul registro delle imprese, sono conseguenza diretta di un provvedimento del magistrato (66).

La domanda di concessione di termine non partecipa della regolamentazione coattiva dei diritti dei creditori, da intendere gli effetti della procedura concorsuale sui crediti, è vero, ma questo non la sottrae all'idea di concorsualità attenuata in questa sede sostenuta, non fosse altro che, come indicato in altra parte di questo lavoro, il principio della *par condicio creditorum* rappresenta una direttiva solo tendenziale che il legislatore è libero di non seguire quando la deroga si fonda sulla ragionevolezza della scelta.

(57) In questo senso, di recente, Cass. Civ. 15 gennaio 2021, n. 639, in *Giur. it.*, 2021, 619.

(58) Per un punto di vista sul tema v. L. Boggio, *Non dire "concordato" finché non è pronunciato il decreto ex art. 163 l. fall.*, in *Giur. it.*, 2021, 619.

(59) Cass. Civ. 18 marzo 2019, n. 7577, in questa *Rivista*, 2019, 1356; cfr. G.B. Nardecchia, *Atti di ordinaria amministrazione, atti legalmente compiuti e consecuzione di procedure: la prededuzione ieri, oggi e domani*, *ibid.*, 2019, 1011.

(60) Così sul punto L. Boggio, *Partecipazione di società non insolventi al concordato preventivo di gruppo*, in G.A. Rescio - M. Speranzin (a cura di), *Patrimonio sociale e governo dell'impresa. Dialogo tra giurisprudenza, dottrina e prassi in ricordo di Giovanni Emanuele Colombo*, Torino, 2020, 321.

(61) Si v. G. Carmellino, *Nuove questioni (ma non troppo) sull'applicazione del principio della consecuzione delle procedure: post hoc, ergo propter hoc (oppure no?)*, in questa *Rivista*, 2022, 803.

(62) Tanto è vero che nel regime precedente la previsione era inserita nell'ossatura normativa del concordato preventivo, con possibile *switch* negli accordi di ristrutturazione (così, letteralmente, G.B. Nardecchia, *Gli effetti della domanda ex art. 44 CCII*, cit., 1321).

(63) È l'uso dell'aggettivo "tradizionale" accanto al concetto di spossessamento attenuato è indice dell'imprescindibile cambiamento dei tempi e delle categorie classiche.

(64) F. Iozzo, *Profili processuali e sostanziali del procedimento unitario*, in S. Ambrosini (a cura di), *Crisi e insolvenza nel nuovo codice. Commento tematico ai dd.lgs. nn. 14/2019 e 83/2022*, Bologna, 2022, 457.

(65) In questo senso M. Fabiani - G.B. Nardecchia (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 276.

(66) E da qui anche la officiosità da tutti riconosciuta delle procedure concorsuali (G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 8).

Forse la più importante criticità di quanto sostenuto in questa sede è rappresentata dal fatto, difficilmente contestabile, che in fondo non sappiamo se il debitore, in seguito alla concessione del termine, depositerà piano, proposta, e documentazione: in tale ipotesi è indubitabile che il segmento procedimentale di cui sopra non potrà che esser considerato *tamquam non esset*.

La domanda di concessione di termine ex art. 44 CCII proposta in via riconvenzionale

L'ulteriore sviluppo motivazionale del provvedimento descrive il fenomeno della domanda proposta dal debitore nel contesto di un procedimento unitario attivato per l'apertura della liquidazione giudiziale, al modo di quanto fatto dalla letteratura, come domanda riconvenzionale.

Per ragioni di spazio non risulta possibile analizzare il procedimento unitario previsto dall'art. 40 CCII, né le critiche cui è andato incontro tanto nelle sue fasi preparatorie quanto nella versione innestata nel codice oggi vigente (67). Sia consentito però apprezzare il decreto quando, oltre alle tecnicità definitorie di cui *infra*, costruisce il modello del procedimento unitario sulle fondamenta della

clausola generale della buona fede (68), ciò che impedisce di ritenere concretizzata la decadenza dalla facoltà di proporre strumenti alternativi a seguito di una richiesta congiunta di rinvio dell'udienza per l'apertura della liquidazione giudiziale: il termine decadenziale contemplato dall'art. 40, comma 10, CIII, coinciderebbe solo con la prima udienza di reale trattazione del procedimento.

Ed è proprio questo il punto focale, vale a dire la richiesta di accesso a uno strumento di regolazione della crisi *ex latere debitoris* che si innesta in un procedimento da altri radicato, richiesta che ormai è d'uso comune qualificare "domanda riconvenzionale" (69).

Ma lo è davvero?

La norma vuole che il debitore, per fronteggiare una altrui richiesta di apertura di liquidazione giudiziale, deve depositare il ricorso contenente la domanda di accesso a uno strumento negoziale di regolazione della crisi (o di concessione di termine ex art. 44 CCII) nel medesimo procedimento a pena di decadenza non oltre la prima udienza (70), e se depositato separatamente (purché entro lo stesso termine), d'ufficio va disposta la riunione (71). È fatta salva la ipotesi in cui la domanda di accesso a uno strumento di regolazione sia presentata all'esito della

(67) È noto come la dottrina, in maniera quasi univoca, contesti del CCII la mancata istituzione, a fronte di un contenitore processuale unitario, destinato alla gestione congiunta di tutte le possibili domande, di un vero e proprio procedimento unitario in ragione del fatto che il primo grado di giudizio, dopo l'introduzione della causa, imbecca percorsi processuali differenziati a seconda che si intenda accedere alla regolazione pattizia o a quella liquidatoria (Tra i tanti, v. F. Rolfi, *Il procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, Milano, 2023; A. Jorio, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 113; M.S. Catalano, *I profili processuali (giurisdizione, competenza, cessazione attività, procedimento unitario)*, in M. Irrera - F. Pasquariello - M. Perrino (a cura di), *Lineamenti di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 98; C. Cecchella, sub art. 40, in F. Santangeli (a cura di), *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 277; F. De Santis, *Le fasi introduttive del c.p. procedimento unitario*, cit., 1207; M. Montanari, *Profili processuali del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, 860; Id., *Il cosiddetto procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, in questa *Rivista*, 2019, 563; S. Sanzo, *La disciplina procedimentale. Le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o della insolvenza*, in S. Sanzo - D. Burroni (a cura di), *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Torino, 2019, 39; G. Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022; A. Caiafa, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e normativa complementare*, Roma, 2023; I. Pagni, *Codice della crisi e dell'insolvenza: il procedimento unitario*, in *Corr. giur.*, 2019, 1157; Id., *Le nuove regole di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. es. forz.*, 2022, 625; F. Tommaseo, *Alcuni profili processuali della gestione delle imprese in crisi*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 670; C. Cecchella, *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2020, 136; G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e*

dell'insolvenza, cit., 55). Le cose starebbero diversamente, invece, per i gradi successivi, cui si rinvia a F. De Santis, *Il sistema dei rimedi nel cosiddetto procedimento "unitario"*, in questa *Rivista*, 2023, 310.

(68) Principio che, per vero, è destinato a regolare la composizione negoziata (cfr. I. Pagni - M. Fabiani, *Introduzione alla composizione negoziata*, in questa *Rivista*, 2021, 1477).

(69) Per tutti, M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, cit., 56; di contro-domanda parlano A. Nigro, D. Vattermolli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 134; di possibilità del debitore per difendersi da una altrui domanda parla anche F. Lamanna, *Il codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, cit., 307.

(70) Norma che ha dato peraltro dubbi di costituzionalità per violazione del principio di ragionevolezza (v. A. Zaccaria - M. Facioli, sub art. 40, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, cit., 260), giacché, secondo alcuni, sembrerebbe non potersi affermare l'abusività e l'intenzionalità dilatoria di ogni domanda di regolazione pattizia della crisi o dell'insolvenza presentata dopo la prima udienza (R. d'Alonzo - F. De Santis, *Il cd. procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, cit., 12); *Contra* M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, cit., 57.

(71) La riunione così regolata presenterebbe qualche differenza con lo strumento previsto per il processo ordinario dagli artt. 273 e 274 c.p.c., concepito per giudizi tendenzialmente tra loro omogenei, tanto che qualcuno, anziché di riunione, ha parlato di coordinamento tra procedura (F. De Santis, *Il cd. procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, cit., 8). Per una ricostruzione dei termini nel regime precedente, v. L. Baccaglini, *La pregiudizialità della competenza nel conflitto tra concordato preventivo e istruttoria prefallimentare*, in questa *Rivista*, 2020, 1413.

composizione negoziata ex art. 23 CCII, là dove la decadenza è agganciata alla scadenza del termine di sessanta giorni dalla comunicazione di archiviazione della composizione medesima (72). La *ratio legis* si individua nel bisogno di evitare strumenti dilatori (73), ciò che sta a significare che l'incedere della decadenza costringe il debitore ad attendere la conclusione del procedimento avviato dal soggetto a tanto legittimato (74).

Se i termini sono rispettati, opera la regola prevista nel comma 2 dell'art. 7 CCII (75), che vuole che nel caso di pluralità di domande, il tribunale esamini in via prioritaria quella diretta a risolvere la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata (76). Il punto è però che non solo nel procedimento unitario appare assai arduo, lato concordato preventivo, rintracciare un oggetto ben definito (77), ma risulta altrettanto arduo il paragone con l'istituto della domanda riconvenzionale nel senso strettamente processualistico (78).

Il dato di partenza è rappresentato dalle Sezioni Unite del 2015 (79), che hanno individuato, tra le cause oggetto dei procedimenti di concordato e di fallimento, una connessione qualificata in termini di "continenza per specularità" (80), in ragione del fatto che sarebbero prospettate, con riferimento a un unico rapporto negoziale, domande contrapposte, tra loro incompatibili, o in relazione di alternatività (81); si sostiene che siano state valorizzate: a) la identità dei soggetti tra le due domande (posto che il creditore istante ex art. 6 l.fall. sarebbe comunque parte sostanziale del concordato preventivo); b) la parziale coincidenza delle *causae petendi*, posto che ogni ipotesi di insolvenza (presupposto per la dichiarazione di fallimento) integra *a fortiori* lo stato di crisi (che è presupposto per l'accesso al concordato); c) la parziale coincidenza dei *petita*, individuati nella regolazione della crisi, declinata attraverso una procedura concordataria, da un lato, e dalla procedura disgregativa del fallimento, dall'altro lato (82).

La soluzione, che ci sembra essere quella fatta propria dall'art. 7 CCII, viene però messa in discussione da

(72) Di recente, v. S. Ambrosini, *La composizione negoziata: breve itinerario fra le prime applicazioni*, in S. Ambrosini (a cura di), *Assetti aziendali, crisi d'impresa e responsabilità della banca*, Pisa, 2023, 135.

(73) G. Trisorio Liuzzi, *Giurisdizione, competenza, cessazione dell'attività, iniziativa per l'accesso alle procedure di regolazione*, in G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *Diritto della crisi d'impresa*, cit., 113; M.P. Gasperini, *I termini processuali nel Codice della crisi, tra semplificazione e ragionevole durata delle procedure concorsuali*, in questa *Rivista*, 2023, 10.

(74) M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, cit., 57.

(75) Per tutti F. Ghignone, sub art. 7, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, cit., 68; M. Giorgetti, sub art. 7, in M. Giorgetti - A. Bonafine (a cura di), *Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 14; S. Ambrosini, *Ambito di applicazione, definizioni, principi generali*, in S. Ambrosini - S. Pacchi (a cura di), *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, 2023, cit., 62; G. Trimarchi, *Manuale del diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 67; A. Jorio, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 107; M.S. Catalano, *I profili processuali (giurisdizione, competenza, cessazione attività, procedimento unitario)*, cit., 98; C. Cecchella, sub art. 7, in F. Santangeli (a cura di), *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 7; G. Trisorio Liuzzi, *L'ambito di applicazione e i principi generali*, in G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *Diritto della crisi d'impresa*, cit., 24.

(76) Regola destinata a dare continuità a quanto deciso da Cass. Civ., SS.UU., 15 maggio 2015, n. 9935, in questa *Rivista*, 2015, 774.

(77) Un tentativo di ricostruzione è svolto da M. Fabiani - I. Pagni, *L'omologazione del concordato preventivo e gli eventuali reclami*, in A. Jorio - M. Spiotta (a cura di), *Il concordato preventivo*, di prossima pubblicazione per i tipi della Zanichelli, che camminano sul filo pendente, da un lato, sulla cognizione su poteri, e, dall'altro, sulle fattispecie autorizzatorie-omologatorie, non individuandosi lesione di un diritto né mutamento di status. (V. pure M. Cirulli, *Oggetto del processo per dichiarazione di fallimento e natura del reclamo*, in *Dir. fall.*, 2022, 80; S. Ambrosini, *Accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una*

procedura di insolvenza, cit., 139; M. Fabiani, *Un affresco sulle nuove "milestones" del concordato preventivo*, in *Diritto della crisi*, 6 ottobre 2022; G. Nuzzo, *Profili problematici del giudizio di omologazione del concordato preventivo nella disciplina della crisi*, in *Dir. fall.*, 2020, I, 91). Si interrogano a proposito della natura contenziosa del procedimento unitario anche v. A. Zaccaria - M. Facioli, sub art. 40, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, cit., 261.

(78) Di tecnica di tipo riconvenzionale in senso ampio discute G. Rana, *Le regole del procedimento unitario della crisi d'impresa dopo il d.lgs. n. 83/2022*, in questa *Rivista*, 2023, 153.

(79) Cass. Civ., SS.UU., 15 maggio 2015, n. 9935, cit., 774. In dottrina si veda C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, 380.

(80) Conclusione simile resa da I. Pagni, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare*, in questa *Rivista*, 2013, 1075.

(81) Cfr. Cass. Civ. 14 luglio 2011, n. 15532, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Competenza civile*, n. 84: la continenza sussiste non solo quando due cause, pendenti contemporaneamente davanti a giudici diversi, abbiano identità di soggetti e di *causae petendi* e differenza quantitativa di *petitum* (c.d. continenza in senso stretto), ma anche quando vi sia una coincidenza parziale di *causae petendi*, ovvero qualora le questioni dedotte in una causa costituiscano il presupposto logico-giuridico necessario per la definizione dell'altra causa, o siano in tutto o in parte comuni alla decisione di entrambe, avendo le rispettive domande origine dal medesimo rapporto negoziale, risultando tra loro interdipendenti o contrapposte, cosicché la soluzione dell'una interferisce su quella dell'altra (c.d. continenza per specularità), come nell'eventualità in cui una delle cause sia stata proposta per la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte, con condanna della stessa al risarcimento del danno, e l'altra per l'adempimento del medesimo contratto; Cass. Civ., SS.UU., 1° ottobre 2007, n. 20599, in *Mass. Giur. it.*, 2007; Cass. Civ., SS.UU., 23 luglio 2001, n. 10011, in *Foro it.*, 2001, I, 3613.

(82) Sul punto cfr. L. Baccaglini, *La pregiudizialità della competenza nel conflitto tra concordato preventivo e istruttoria prefallimentare*, cit., 1413.

chi ritiene che tra le diverse cause non si ravvisi sempre una connessione in senso stretto, sebbene una identità di questioni di cui all'art. 103 c.p.c., perché non è sempre detto che le domande abbiano elementi identificatori in comune (83).

Ma la riconvenzione, tradizionalmente, è definita come la domanda proposta dal convenuto nei confronti dell'attore nell'ambito del medesimo processo, per ottenere un provvedimento a sé favorevole, diverso e indipendente dal rigetto totale o parziale della domanda dell'attore (84); lo stesso vale per la c.d. riconvenzionale trasversale, e cioè quella proposta dal convenuto nei confronti di altro convenuto (85).

Il ricorso con il quale il debitore chiede di "bloccare" l'apertura della liquidazione giudiziale attraverso la spendita di uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza ha sicuramente in comune con la prerogativa prevista nell'art. 167 c.p.c. l'esistenza di una decadenza: come già detto sopra, la nostra riconvenzionale deve essere proposta non oltre la prima udienza; la riconvenzionale ordinaria deve essere contenuta nella comparsa di risposta tempestivamente depositata settanta giorni prima l'udienza di comparizione e trattazione (86). Riconoscere l'applicazione dello statuto regolamentare della fattispecie di cui agli artt. 163 e 167 c.p.c., poi, vorrebbe dire anche scegliere tra i panni di domanda autodeterminata o eterodeterminata, lasciandosi preferire la conclusione di chi ritiene che ci si trovi di fronte alla prima, attesa la prevalenza assunta dal *petitum* rispetto alla *causa petendi* (87).

Vero è però che il regime decadenziale apparentemente in comune e la possibilità di individuare nell'istituto i caratteri di domanda giudiziale autodeterminata non consentono di considerare il

ricorso del debitore "riconvenzionale in senso stretto": per quanto riguarda il primo punto, la fissazione di una decadenza è scelta discrezionale del legislatore, che potrebbe anche non prendere in considerazione affatto; il secondo si scontra, come già accennato sopra, con la difficoltà di individuare, all'interno del procedimento unitario vero e proprio, un oggetto da cui inferire, giacché non potrebbe essere diversamente, quello relativo alla facoltà del debitore, non potendo che essere una riconvenzionale in senso stretto. Ancora, è ormai dato acquisito che la domanda del debitore innestata nel procedimento unitario volto alla apertura della liquidazione giudiziale, se è vero che non interrompe l'istruttoria relativa a quest'ultima, ne impedisce in ogni caso la pronuncia fino, appunto, alla decisione sulla prima, ciò che invece non si verifica nella dialettica processualistica tradizionale, a conclusione della quale il giudice, generalmente, decide su tutte le domande (88); pure nella prospettiva "veicolare" emergono difformità, tanto è vero che il debitore deve introdurla con ricorso, e non già come memoria di risposta ex art. 41, comma 4, CCIII, con domanda riconvenzionale (89).

E allora può dirsi che la richiesta "in corsa" del debitore condivide con la domanda riconvenzionale in senso stretto sola la dinamica temporale (e cioè l'essere proposta dopo) e la sede processuale (e cioè l'essere proposta nel medesimo procedimento), risolvendosi, secondo alcuni, solo in uno strumento rivolto a dipanare interessi compositi (90).

Conclusioni

Il provvedimento in commento sollecita però un'ultima riflessione relativa al regime della condizionata priorità dell'esame della domanda di concessione di

(83) F. De Santis, *Le fasi introduttive del c.d. procedimento unitario*, cit., 1207.

(84) Si veda E. Vullo, voce *Riconvenzione*, in *Dig. disc. priv.*, Milano, 2008, 529, cui si rinvia per i riferimenti alla letteratura classica che si è spesa sull'istituto.

(85) Cfr. da ultimo, G. Della Pietra, *Le modalità di proposizione della riconvenzionale trasversale*, in R. Tiscini - F.P. Luiso (a cura di), *Scritti in onore di Bruno Sassani*, I, 2022, 293.

(86) F. Rota, sub art. 167, in F. Carpi - M. Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Milano, 2023, 754.

(87) C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2012; Sul punto F. De Santis *Le fasi introduttive del c.d. procedimento unitario*, cit., 1207, peraltro, fa salvi non solo il cumulo subordinato o alternativo di accesso a più strumenti pattizi, ma anche la *emendatio libelli* - sulla base della norma dell'art. 47, comma 4, CCII, secondo la quale il tribunale può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti -, nonché, addirittura, una *mutatio libelli* - sulla scorta dell'art. 64-quater, comma 5, CCII, secondo la quale il debitore che ha

presentato la domanda di concordato preventivo può modificarla chiedendo l'omologazione del piano di ristrutturazione sino a che non sono iniziate le operazioni di voto. Per G. Rana, *Le regole del procedimento unitario della crisi d'impresa dopo il d.lgs. n. 83/2022*, cit., 153, la possibilità di una domanda riconvenzionale subordinata suscita qualche dubbio, proprio riguardo al caso in cui il debitore si costituisca per contrastare una domanda di liquidazione, negando uno dei presupposti della declaratoria, e nel contempo propone domanda di concordato ma solo per il caso in cui venga ritenuto dal giudice quel presupposto (per esempio la qualità di imprenditore commerciale).

(88) Sui rapporti tra l'istruttoria relativa alla domanda di apertura della liquidazione giudiziale e il ricorso a uno strumento di risoluzione della crisi e dell'insolvenza proposto successivamente dal debitore cfr., per tutti, M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, cit., 57.

(89) G. Rana, *Le regole del procedimento unitario della crisi d'impresa dopo il d.lgs. n. 83/2022*, cit., 153.

(90) F. De Santis, *Le fasi introduttive del c.d. procedimento unitario*, cit., 1207.

termine proposta in via “riconvenzionale”, potendo d'altronde essere presentata *sic et simpliciter* senza indicazione, neanche tendenziale, dello strumento da spendere.

Il comma 2 dell'art. 7 CCII consente l'esame prioritario della domanda del debitore a condizione che: a) la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile; b) il piano non sia manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati; c) nella proposta siano espressamente indicate la convenienza per i creditori o, in caso di concordato in continuità aziendale, le ragioni della assenza di pregiudizio per i creditori (91).

Se è vero che per riempire un così profondo spazio interpretativo bisognerà attendere il consolidarsi della giurisprudenza al fine di comprendere l'esatto perimetro delle valutazioni del tribunale, è altrettanto vero che l'interrogativo si è posto anche in dottrina, non fosse altro che per l'impossibilità da parte dei creditori di valutarne la convenienza (92) in assenza proprio di *petitum*, ciò che ha fatto parlare taluni di domanda “spuria” (93).

Sul punto è stato detto che, proprio per tale ragione, occorrerebbe che il debitore osservi le previsioni di carattere formale richieste dalla disciplina per consentire al giudice di apprezzare, almeno in termini minimi, i profili di convenienza della soluzione prospettata (94).

In questa sede si concorda con chi ritiene che sarebbe corretto attendere la scadenza del termine a prescindere dai “gradi di colorazione” della domanda (95), e la soluzione forse si rappresenta più convincente per due motivi: il primo, di carattere squisitamente regolamentare, fa riferimento all'assenza di qualsivoglia divieto normativo alla possibilità, da parte del giudice, di valutare in via prioritaria la domanda di concessione di termine; il secondo, che muove da (ci auguriamo) considerazioni di ragionevolezza, va imputato alla relativa esiguità del termine (tra i trenta e i sessanta giorni) che il giudice è nella discrezionalità di concedere, per nulla condizionante l'istruttoria sulla domanda di apertura della liquidazione giudiziale *in fieri*, che peraltro, come sopra ricordato, prosegue senza sospensione.

(91) Il c.d. test di convenienza (o di non pregiudizio), essendo sufficiente che la soddisfazione dei creditori non sia inferiore a quella realizzabile in caso di alternativa (afferma P. Vella, *La spinta innovativa dei quadri di ristrutturazione preventiva europei sull'istituto del concordato preventivo in continuità aziendale*, in www.ilcaso.it, 1° gennaio 2022, che non occorre che sia superiore).

(92) F. Ghignone, sub art. 7, cit., 69.

(93) F. De Santis, *Le fasi introduttive del c.d. procedimento unitario*, cit., 1207.

(94) F. Ghignone, sub art. 7, cit., 70.

(95) F. Lamanna, *Il codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, cit., 307.