

L'ambito di applicazione del regolamento 2015/848

di Galeazzo Montella

SOMMARIO: 1. L'ambito oggettivo. – 2. I requisiti della procedura. – 2.1. Il concorso. – 2.2. Il debitore. – 2.3. Il carattere pubblico della procedura. – 2.4. La derivazione da una normativa nazionale in materia di insolvenza. – 2.5. La finalità di salvataggio, ristrutturazione del debito, riorganizzazione o liquidazione. – 2.6. Lo spossessamento. – 2.7. Il giudice. – 2.8. L'amministratore delle procedure di insolvenza. – 3. Le procedure nazionali escluse dal campo di applicazione del regolamento. – 4. L'Allegato A. – 5. L'ambito di applicazione del regolamento in funzione del COMI e del carattere transfrontaliero dell'insolvenza. – 6. La successione del regolamento n. 848 rispetto a quello n. 1346. – 7. L'ambito territoriale di applicazione del regolamento.

1. L'ambito oggettivo

L'ambito oggettivo di applicazione del regolamento 2015/848¹ è stabilito in

¹ Come meglio sarà illustrato *infra*, par. 6, il regolamento n. 1346 è non solo l'unico pienamente applicabile sino al giugno 2017, ma, anche dopo tale scadenza, esso continuerà a lungo a convivere con quello n. 848 (art. 84). Questo studio, tuttavia, in una visione prospettica è incentrato essenzialmente sul regolamento n. 848: non deve quindi stupire se spesso, per chiarezza espositiva, ci si riferirà al regolamento n. 1346 al passato, come se esso non fosse più in vigore. In generale, per un primo approccio al regolamento n. 848, v. L. SCOLLO, *Promulgato il nuovo regolamento (Ue) n. 2015/848 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere: principali profili di riforma*, in *Dir. comm. internaz.*, 2015, 907; P. DE CESARI, *Il regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in *Fallimento*, 2015, 1011; S. PACCHI, *La raccomandazione della commissione Ue su un nuovo approccio all'insolvenza alla luce di una prima lettura del regolamento Ue 848/2015*, in *Giust. civ.*, 2015, 537; G. CORNO, S. BARIATTI, *Il regolamento (UE) 2015/848 sulle procedure di insolvenza*, Milano, 2016; ID., *Il regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure di insolvenza (rifusione). Una prima lettura*, in www.ilfallimentarista.it, 2015; C. GARLATTI, *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza (rifusione)*, in *Fallimento*, 2015, 509; A. LEANDRO, *A First Critical Appraisal of the New European Insolvency Regulation*, in *Dir. UE*, 2016, 215 ss. Nella dottrina straniera, G. MOSS, I. FLETCHER, S. ISAACS, *The EU Regulation on Insolvency Proceedings*, cit.;

via generale dall'art. 1, che al suo par. 1 prevede che il regolamento stesso si applica alle procedure concorsuali pubbliche, comprese le procedure provvisorie disciplinate dalle norme in materia di insolvenza, e che siano intese al salvataggio, alla ristrutturazione del debito, alla riorganizzazione o liquidazione.

Tali procedure debbono inoltre comportare lo spossessamento, in tutto o in parte, del debitore rispetto al proprio patrimonio con nomina di un amministratore delle procedure di insolvenza, oppure essere caratterizzate dal fatto che i beni e gli affari del debitore siano soggetti al controllo o alla sorveglianza di un giudice: par. 1, lett. a) e b).

Per il par. 1, lett. c), rientrano nell'art. 1 anche le procedure che comportino una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali, concessa da un giudice o per legge, al fine di consentire le trattative tra il debitore e i suoi creditori, purché siano previste misure idonee a tutelare la massa di questi ultimi e, qualora non sia stato raggiunto un accordo, siano preliminari ad una delle procedure di cui alle lett. a) ovvero b).

Pur nella poca chiarezza del testo, in realtà questo par. 1 sembra contenere una suddivisione tra le procedure in due grandi categorie: quelle che rivestono o l'uno o l'altro dei caratteri delineati dalle lett. a) e b), alle quali si contrappongono quelle cui si attaglia la lett. c). Queste ultime, a loro volta, però, devono comunque sempre prevedere, sia pure come eventuale, l'intervento di un giudice: in tal senso, infatti, afferma il considerando 10. Non solo, ma il "giudice" va inteso nell'accezione ristretta di autorità giudiziaria: art. 2, n. 6, punto i)².

Il par. 1 avverte poi che sono ricomprese anche procedure che si attivano quando l'insolvenza non sia ancora conclamata ed effettiva, ma sussista solo come probabilità futura, e il cui scopo sia di evitare l'insolvenza del debitore o la cessazione delle attività di quest'ultimo.

2. I requisiti della procedura

Analizzando questo art. 1, si perviene ad un elenco di requisiti cui deve rispondere una procedura nazionale per rientrare nell'ambito di applicazione del regolamento n. 848. Questi requisiti sono:

- a) che si tratti di una procedura concorsuale;
- b) che a tale procedura sia assoggettato un debitore;

R. BORK, K. VAN ZWIETEN (eds.), *Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford, 2016. Circa i lavori che hanno portato alla rifusione del regolamento n. 1346 in quello n. 848, v. in particolare C. PASINI, *La relazione della Commissione sull'applicazione del regolamento (Ce) n. 1346/2000: prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 693.

² Circa la duplice accezione e funzione della nozione autonoma di "giudice" quale introdotta dal regolamento n. 848 v. quanto riferito *infra*, par. 2.7.

- c) che la procedura sia pubblica;
- d) che essa sia disciplinata dalla normativa in materia di insolvenza; e
- e) che sia finalizzata al salvataggio, ristrutturazione del debito, riorganizzazione o liquidazione;
- f) nella quale si ha lo spossessamento, in tutto o in parte, del debitore rispetto al proprio patrimonio, con nomina di un amministratore delle procedure di insolvenza;
- g) e/o in cui i beni e gli affari del debitore sono soggetti al controllo e alla sorveglianza di un giudice; oppure
- h) in cui si ha una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali così da permettere al debitore di trattare con i creditori.

Detti requisiti saranno dettagliatamente esaminati nei sottoparagrafi che seguono. In via generale, si constata subito che l'art. 1 del regolamento n. 848 presenta un rilevante ampliamento del campo di applicazione, rispetto alla norma analoga del regolamento n. 1346, che, infatti, si riferiva solo alle *«procedure fondate sull'insolvenza del debitore che comportano lo spossessamento parziale o totale del debitore stesso e la designazione di un curatore»*. Ora tra i requisiti figura anche l'esistenza di un giudice, espressione dell'autorità giudiziaria (art. 2, n. 6, punto *i*), che controlli o sorvegli i beni e gli affari del debitore. Tale inserimento del giudice/autorità giudiziaria si è reso necessario per porre un limite all'ampliamento stesso del campo di applicazione del nuovo regolamento: se, infatti, questo ora vale per una varietà di procedure nazionali ben maggiore di quanto non avvenisse con il regolamento n. 1346³, il limite estremo dell'allargamento è costituito dalla presenza di un giudice, espressione dell'autorità giudiziaria, che eserciti una funzione di controllo o sorveglianza, sia pure non necessaria, ma anche solo eventuale; il considerando 10 ammette, peraltro, che l'intervento del giudice possa aver luogo anche solo se adito da un creditore o da altra parte interessata.

Va qui segnalata, sul punto del giudice, una imperfezione e comunque poca chiarezza del testo di questo primo comma dell'art. 1: a prima vista, non è ben chiaro, infatti, se i requisiti posti dalle lett. a) e b) debbano essere presenti entrambi o sia sufficiente uno solo di essi. Il dubbio, però, viene risolto, a quanto pare, dalla successiva lett. c), nella quale le precedenti lettere a) (spossessamento e nomina dell'amministratore) e b) (controllo del giudice) vengono considerate disgiuntamente. Si veda anche, poi, lo stesso considerando 10, che ricorda come i diritti nazionali conoscano svariate procedure di ristrutturazione del debitore, di rimessione del debito e simili, che non comportano necessariamente la nomina di un amministratore della procedura stessa: in tal caso, però, si avverte esse-

³ Che, se non si conta male, per ora sono in numero di 112.

re «opportuno che tali procedure siano disciplinate dal presente regolamento se si svolgono sotto il controllo o la sorveglianza di un giudice»⁴.

Assai significativo è comunque anche l'ampliamento, rispetto al regolamento n. 1346, portato dalla lett. c), che fa rientrare nel regolamento n. 848 le procedure che comportino una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali al fine di consentire trattative tra il creditore e i suoi creditori, purché però siano previste misure idonee a tutelare la massa di questi ultimi, e sia previsto che, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, si apra una procedura con le caratteristiche di cui alle lett. a) o b)⁵.

Ovviamente, tutti questi requisiti elencati dall'art. 1, e comunque individuabili nel medesimo, costituiscono altrettante nozioni autonome di diritto europeo, e quindi vanno studiati e definiti esclusivamente alla luce di tale diritto, e nell'ambito e in vista delle finalità perseguite dal regolamento.

2.1. *Il concorso*

Per rientrare nel regolamento n. 848 è richiesto, come già con il regolamento n. 1346, che si tratti di procedura concorsuale. La definizione di cosa si intenda con tale espressione è data dal n. 1 dell'art. 2: «*procedura concorsuale*» è una procedura che comprende tutti o parte significativa dei creditori di un debitore a condizione che, nel secondo caso, la procedura non pregiudichi i crediti dei creditori non interessati dalla procedura stessa». A sua volta, il considerando 14 entra più nel dettaglio: «*le procedure concorsuali che sono disciplinate dal presente regolamento dovrebbero comprendere tutti i creditori, o una parte significativa di essi, ai quali il debitore deve tutti o una parte sostanziale dei suoi debiti in essere, purché non siano pregiudicati i crediti di quei creditori che non sono coinvolti in tali*

⁴ È proprio questo il meccanismo che ha permesso di inserire nel campo di applicazione del regolamento la procedura italiana di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis legge fall., una procedura nella quale cioè, come è noto, il debitore non è spossessato del proprio patrimonio, né si ha la nomina di un amministratore, però l'accordo di ristrutturazione è soggetto al controllo e all'omologazione da parte del Tribunale. Al riguardo si rinvia a P. DE CESARI, *Il regolamento 2015/848*, cit., 1026 ss.

⁵ Sembra, tuttavia, che nel diritto italiano tale previsione valga solo *de jure condendo*, non risultando, infatti, attualmente procedure autonome di moratoria che, in caso di insuccesso delle trattative, sfocino inevitabilmente in una procedura successiva, rientrante nelle lett. a) e b). A prima vista, infatti, si potrebbe pensare alla proposta di concordato preventivo con riserva, di cui al sesto comma dell'art. 161 legge fall., intesa a consentire al debitore di trovare un accordo con i suoi creditori, però, in caso di mancato accordo, il debitore può semplicemente ritirare la propria proposta, o anche evitare di proporre un ricorso definitivo di concordato o di ristrutturazione dei debiti, e ritornare così pienamente *in bonis*, senza che da ciò consegua necessariamente l'avvio di una successiva diversa procedura di insolvenza.

procedure. Le procedure riguardanti soltanto i creditori finanziari di un debitore dovrebbero avere come obiettivo il salvataggio del debitore stesso. Le procedure che portano ad una cessazione definitiva delle attività del debitore o alla liquidazione dei suoi beni dovrebbero comprendere tutti i creditori del debitore. Inoltre, il fatto che alcune procedure d'insolvenza riguardanti persone fisiche precludano a categorie specifiche di crediti, ad esempio i crediti alimentari, la possibilità di una remissione del debito non dovrebbe significare che tali procedure non siano concorsuali».

Come si vede, la nozione autonoma di “procedura concorsuale” che emerge dalla interazione del n. 1 dell’art. 2 con il considerando 14 differisce non poco rispetto a quella tenuta presente, per esempio, in diritto italiano. Il concorso infatti nel regolamento è visto esclusivamente dal punto di vista soggettivo dei creditori interessati alla procedura: tali creditori debbono, cioè, essere o tutti o quantomeno una parte significativa di essi. Però viene qui in rilievo almeno un’ulteriore caratteristica di solito insita nel concetto di concorso, ossia la *par condicio creditorum*. Quello di *par condicio* è, infatti, un concetto del tutto ignorato dal regolamento, che di esso non fa mai parola. La sorte e i rapporti tra i vari creditori, anche sotto questo particolare profilo, sembrano dunque estranei al regolamento, e quindi essi sembrano non rilevare ai fini della costruzione delle nozioni autonome di procedura di insolvenza, e di concorso. La disciplina dei rapporti tra i creditori sotto questo particolare aspetto è lasciata, pertanto, ai singoli diritti nazionali⁶.

2.2. Il debitore

Il regolamento non definisce cosa si intenda per debitore, però una definizione si ricava implicitamente dal considerando 9: il regolamento si applica «*independientemente dal fatto che il debitore sia una persona fisica o giuridica, un professionista o un privato*». Quindi, a rigore, chiunque, persona fisica o giuridica, può ricadere nel regolamento: in particolare, non si fa differenza tra imprenditore o non imprenditore⁷. Però poi è lasciato ai singoli Stati membri il compito di regolare, con proprie normative nazionali, «*i debitori che per la loro qualità possono essere assoggettati ad una procedura di insolvenza*»: così l’art. 7, par. 2, lett. b). Ogni singolo Stato ha, pertanto, facoltà di prevedere procedure di insol-

⁶ E, forse, un pallido accenno in tal senso può essere ravvisato nella lett. i) dell’art. 7, là dove si afferma che il diritto dello Stato di apertura regola, tra l’altro, «*la ripartizione del ricavato della liquidazione dei beni, il grado dei crediti ...*». Questa estraneità di una qualche esigenza di *par condicio* valeva anche, ci sembra, per il regolamento n. 1346: sotto questo profilo, quindi, ci pare dover correggere quanto al riguardo scritto in P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, Milano, 2009, 62.

⁷ Salvo poi differenze di trattamento in relazione a specifiche qualità del debitore: per es., per l’imprenditore, v. il considerando 10; per le persone fisiche il considerando 16, e così via.

venza diverse, a seconda della qualità e tipologia del debitore: se poi tali procedure si attagliano alle caratteristiche previste astrattamente dal regolamento, questo sarà applicabile ad esse, e quindi anche ai debitori li assoggettati.

2.3. *Il carattere pubblico della procedura*

L'esigenza di questo requisito è peculiare del regolamento n. 848: infatti il regolamento n. 1346 di esso non faceva parola.

Fatto sta che perché il regolamento n. 848 sia ad essa applicabile, deve trattarsi di procedura la cui apertura sia oggetto di pubblicità, sì da consentire ai creditori di venirne a conoscenza, e di ivi far valere i propri crediti: in tal modo sarà garantito il carattere concorsuale della procedura e i creditori saranno messi in condizione, tra l'altro, di contestare la competenza del giudice (considerando 12). Sono, pertanto, escluse dal regolamento le procedure di insolvenza c.d. di carattere riservato: ciò in quanto, spiega il considerando 13, qualora un creditore o un giudice di un altro Stato membro non possano in alcun modo essere messi al corrente dell'apertura di siffatte procedure, non è possibile prevedere (ossia imporre) il riconoscimento dei loro effetti nel resto dell'Unione.

Per il considerando 14, poi, non è necessario che una procedura riguardi tutti i creditori: ma in tal caso essa deve avere come obbiettivo il salvataggio del debitore; per contro, se il risultato finale della procedura è la cessazione definitiva dell'attività di quest'ultimo o la liquidazione dei suoi beni, allora deve trattarsi di procedura che comprenda tutti i creditori.

Alla luce di questi considerando 12 e 13, sembra doversi peraltro ritenere che il regolamento n. 848, quando parla di carattere pubblico, si riferisca solo alla pubblicità che deve, in misura maggiore o minore, essere data alla procedura, ma non anche ad un qualche requisito in forza del quale la procedura debba essere avviata e gestita da una qualche autorità pubblica. Se, infatti, quanto abbiamo espresso sopra fosse esatto, ossia che la presenza del giudice considerato nella lett. b) non costituisce un elemento indispensabile, potrebbe cioè effettivamente accadere che una procedura prevista da un dato diritto nazionale sia ammessa nell'ambito del regolamento, pur essendo gestita esclusivamente su una base privata. Essenziale è, però, che si tratti di una procedura, sia pure gestita privatamente, ma che sia prevista e disciplinata dalla legge nazionale di uno Stato membro, e che rivesta i requisiti dell'art. 1.

2.4. *La derivazione da una normativa nazionale in materia di insolvenza*

Anche in questo caso siamo in presenza di una nozione autonoma di diritto europeo, a definire la quale soccorre un considerando, quello n. 16: *«il presente*

regolamento dovrebbe applicarsi alle procedure disciplinate dalle norme in materia di insolvenza. Tuttavia, non si dovrebbero considerare disciplinate dalle norme in materia di insolvenza le procedure che sono disciplinate dal diritto societario generale non destinato esclusivamente alle situazioni di insolvenza. Analogamente, l'obiettivo della ristrutturazione del debito non dovrebbe comprendere procedure specifiche in cui sono annullati i debiti di una persona fisica con un reddito molto basso e un attivo di valore molto basso, a condizione che questo tipo di procedura non preveda mai il pagamento dei creditori».

Pur con questa spiegazione, e disinteressandoci alla casistica, assolutamente marginale, di cui all'ultima frase di questo considerando, ci riesce francamente difficile comprendere la finalità anche tecnica di questo riferimento alla normativa in tema di insolvenza: tutto, infatti, sembra ridursi ad una tautologia, ossia all'affermazione per la quale il regolamento sulle procedure di insolvenza si applica a quelle procedure che nei vari diritti nazionali intervengono nei casi di insolvenza. Insomma, anziché prescrivere che il regolamento si applica alle «*procedure ... disciplinate dalle norme in materia di insolvenza*» forse sarebbe stato più semplice parlare di «*procedure di insolvenza*» (come del resto fa il titolo stesso del regolamento. Ma tant'è).

Comunque, all'atto pratico, questo requisito si riconduce alla nozione, anch'essa autonoma, di insolvenza, nozione per stabilire il contenuto della quale va rilevato anzitutto come le procedure delineate nell'art. 1 non presuppongano esplicitamente e necessariamente l'insolvenza del debitore: una circostanza tanto più significativa, sembra, in quanto l'art. 1 del regolamento n. 1346 invece parlava espressamente di «*procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore*». Per di più, l'ultimo comma dello stesso par. 1 dell'art. 1 esplicitamente si riferisce a situazioni in cui l'insolvenza non sussiste (o almeno, non sussiste ancora). Si comprende, così, come il titolo stesso del regolamento, con il suo riferimento alle procedure di insolvenza, sia a rigore inesatto, però l'aporia si supera, almeno si ritiene, constatando come nel regolamento l'insolvenza compaia come nozione autonoma di diritto europeo, il cui significato va ravvisato alla luce del significato che il termine "insolvenza" ha, non nelle legislazioni dei vari Stati membri, bensì nel regolamento stesso. Se così è, allora, nell'assenza di una definizione esplicita, per insolvenza si dovrebbe, ai fini del regolamento n. 848, intendere non solo l'incapacità del debitore di far fronte ai propri debiti, ma anche una situazione di difficoltà che, ove ad essa non si dia pronto rimedio, potrebbe con ogni probabilità sfociare in insolvenza vera e propria.

La nozione autonoma di insolvenza va inoltre, riteniamo, estesa, alla luce del considerando 17, al caso del debitore che sia in situazione di difficoltà di natura non finanziaria (ossia che sia per ora solvibile), difficoltà che tuttavia potrebbe pregiudicare la sua liquidità futura e la stessa continuità aziendale (il considerando fa l'esempio del debitore messo in crisi dalla perdita di un appalto per lui fondamentale).

Bisogna qui, tuttavia, avvertire che, se è vero che nell'ambito del regolamento il concetto di insolvenza costituisce una nozione autonoma di diritto europeo, comunque tale stesso concetto continua a rivestire nell'ambito nazionale e delle singole procedure nazionali alle quali il regolamento pure si applica, il significato specifico ad esso attribuito dai singoli diritti nazionali: così, per stabilire se un dato debitore è insolvente, e quindi se egli può/deve essere assoggettato in Italia al fallimento, ossia ad una procedura nazionale che presuppone l'insolvenza nell'accezione del diritto italiano, si dovrà far riferimento al relativo concetto quale adottato nel nostro Paese, e pertanto all'art. 5, secondo comma, legge fallimentare italiana. Non si potrà, cioè, dichiarare il fallimento italiano di un debitore che sia, invece, nella situazione, per esempio, del secondo comma dell'art. 1 del regolamento, anche se, secondo il regolamento stesso, tale situazione può dar luogo ad una procedura che, nella terminologia europea, è definita come di insolvenza. In altre parole, la nozione autonoma vale sino a che ci si muove nel diritto europeo: non appena, però, attraverso e su indicazione di tale diritto, si è pervenuti in un ambito nazionale, lì ritroveranno applicazione le nozioni, appunto, nazionali⁸.

Peraltro, tale accezione nazionale non sembra pregiudicare la possibilità, e anzi la doverosità, che la procedura avviata in un dato Stato membro in presenza di una data accezione locale del concetto di insolvenza, sia riconosciuta in tutti gli altri Stati membri, in base all'art. 19, anche in quelli in cui l'insolvenza trovasse una diversa definizione legislativa.

2.5. *La finalità di salvataggio, ristrutturazione del debito, riorganizzazione o liquidazione*

Anche questo requisito è espressione di una novità del regolamento n. 848, rispetto a quello n. 1346. Il nuovo regolamento, peraltro, non offre una propria definizione delle quattro distinte finalità ivi espresse, di modo che non rimarrà che affidarci al lessico ordinario e alla pratica giuridica, economica ed aziendale, naturalmente in un'ottica europea e della finalità generale del regolamento, visto che comunque si tratta di nozioni autonome.

È, tuttavia, significativo constatare come la finalità di liquidazione, ossia quella che nella pratica statistica è la più frequente, sia invece menzionata per ultima, in posizione quasi residuale. A sua volta, poi, il considerando n. 10 enuncia essere «opportuno estendere l'ambito di applicazione del presente regolamento a pro-

⁸ Per contro, se è esatto che ogni singolo legislatore nazionale è legittimato a prevedere procedure nazionali di insolvenza che si basino su un'accezione sia pure nazionale del concetto di insolvenza, è altrettanto vero che tali procedure, per rientrare nell'ambito del regolamento debbono a loro volta essere compatibili con la nozione autonoma quale rinvenibile nel regolamento stesso: sul punto, v. P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., 63.

*cedure che promuovono il salvataggio delle società*⁹ economicamente valide ma che si trovano in difficoltà economiche e che danno (le procedure, NdA) una seconda opportunità agli imprenditori».

Sembra, quindi, che il nuovo regolamento, sotto questo profilo, sia espressione della volontà, anche, e forse soprattutto, politica, del legislatore europeo di privilegiare soluzioni che prevengano l'insolvenza e la conseguente quasi certa liquidazione dell'impresa, rispetto a quelle che, pur sacrificando in certa misura i creditori, consentano un recupero ed un rilancio dell'impresa stessa. Espressione fondamentale di tale indirizzo è, del resto, la raccomandazione UE 2014/135, ossia un testo che, a rigore, è indirizzato ai singoli legislatori nazionali, però il legislatore europeo ha voluto fare, a quanto pare, anche lui la sua parte in tale direzione con un'adeguata, conforme impostazione del nuovo regolamento n. 848. Tuttavia, la Commissione non deve essere rimasta molto soddisfatta del riscontro ottenuto da tale raccomandazione, e, infatti, il 22 novembre 2016 essa ha pubblicato una «Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa ad un sistema di ristrutturazione preventiva, di seconda opportunità e di misure intese all'incremento dell'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione»¹⁰.

2.6. Lo spossessamento

Anche lo spossessamento, quale richiamato in primo luogo nell'art. 1, costituisce una nozione autonoma di diritto europeo, della quale peraltro, come per l'insolvenza, il regolamento non offre una propria definizione diretta. Tuttavia un aiuto in tal senso proviene, nel silenzio abbastanza insolito dei considerando, dall'art. 2, n. 5, che definisce l'amministratore delle procedure di insolvenza come qualsiasi persona o organo la cui funzione sia (tra l'altro) quella di amministrare, in tutto o in parte, i beni dei quali il debitore è stato spossessato, liquidare i beni oggetto dello spossessamento oppure sorvegliare la gestione degli affari del debitore. Lo stesso art. 2, al n. 5 offre poi una definizione *a contrario* del

⁹ Qui si riscontra un'evidente svista del testo: in realtà non si tratta solo di società, ma di imprese in generale, e infatti, più avanti, si parla genericamente, ma esattamente, di «imprenditori». La nozione non sembra invece estendersi anche ai debitori persone fisiche non imprenditori.

¹⁰ Sulla raccomandazione n. 135, v. G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione dell'Unione europea*, in *Fallimento*, 2014, 733, nonché U. MACRÌ, *La raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza*, *ivi*, 2014, 393. Circa il riflesso della raccomandazione sul regolamento n. 848, v. P. DE CESARI, *Il regolamento 2015/848*, cit., 1011. Sulla proposta del 22 novembre 2016 v. P. DE CESARI, G. MONTELLA, *La proposta della Commissione UE in tema di ristrutturazione preventiva delle imprese in crisi*, in *Fallimento*, 2017, 110 e L. PANZANI, *La proposta di direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in *Fallimento*, 2017, 129; v. anche, naturalmente, *infra*, cap. 8.

debitore spossessato e quindi dello spossessamento: “debitore non spossessato” «è un debitore nei confronti del quale è stata aperta una procedura d’insolvenza che non comporti necessariamente la nomina di un amministratore delle procedure di insolvenza o il trasferimento integrale dei diritti e doveri di amministrazione dei beni del debitore a un amministratore delle procedure di insolvenza e in virtù della quale, quindi, il debitore mantiene un controllo totale o almeno parziale sui suoi beni e affari». Tali definizioni consentono, sembra, di dare, sia pure in via indiretta, un contenuto abbastanza preciso alla nozione autonoma di “spossessamento”. Va, però, sottolineato che dal canto suo anche la nozione autonoma così individuata si scontra con un limite insito nei singoli diritti nazionali: una volta, infatti, che sia stata aperta una procedura nazionale (che necessariamente deve comportare lo spossessamento del debitore nell’accezione della nozione autonoma, altrimenti la procedura non rientrerebbe nella definizione dell’art. 1, e quindi, come vedremo tra poco, nell’Allegato A), nel concreto l’intensità, l’estensione e le altre modalità dello spossessamento vengono ad essere regolate dal diritto nazionale dello Stato in cui la procedura stessa è aperta: si rinvia al riguardo all’art. 7, e in questo, in generale al par. 1, nonché, in via indiretta, al par. 2, lett. b) e c).

La lett. b) infatti assoggetta alla legge dello Stato di apertura la disciplina dei «beni facenti parte della massa fallimentare e la sorte dei beni acquisiti dal debitore dopo l’apertura della procedura d’insolvenza», e la lett. c) fa lo stesso circa «i poteri rispettivamente del debitore e dell’amministratore delle procedure di insolvenza», poteri la cui reciproca interferenza ovviamente incide sulla estensione e la qualità dello spossessamento. Questo per il regolamento n. 848, il quale però commette nel testo italiano un errore, là dove parla di “massa fallimentare”, mentre nulla obbliga che la procedura sia effettivamente di fallimento. A parte questo, si rileva che il regolamento n. 848 sul punto è assai più vago che non quello n. 1346, il quale infatti, nell’art. 4 (omologo del nuovo art. 7), lett. b) precisa espressamente che la legge dello Stato di apertura stabilisce «i beni che sono oggetto di spossessamento». Appare difficile comprendere le ragioni di questa variazione nel passaggio dall’uno all’altro regolamento. Premesso, tuttavia, che non sembra che da ciò derivino conseguenze particolari, probabilmente il legislatore del regolamento n. 848 ha ritenuto opportuno evitare di parlare espressamente di spossessamento, in un contesto in cui si afferma che le procedure di insolvenza sono regolate dalla legge nazionale dello Stato di apertura, ma in presenza di una tipologia di procedure nazionali ormai enormemente ampliata rispetto a quella, relativamente ristretta, del regolamento n. 1346, e nella quale lo spossessamento inteso in senso tradizionale sembra, almeno in linea teorica, più un’eccezione che la regola. Infatti, e qui si ha un’ulteriore conferma di quanto tutto sommato siano indefiniti i contorni della nozione autonoma di spossessamento adottata dal regolamento n. 848, si osserva al riguardo che, a ben vedere, molte delle procedure nazionali di cui all’Allegato A non prevedono forma al-

cuna di spossessamento: si pensi, per esempio, ancora, all'italiana ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis* legge fall., che non comporta non solo lo spossessamento, ma neppure un amministratore della procedura.

2.7. Il giudice

Tornando ai vari elementi della nozione autonoma di cui all'art. 1, si osserva che, a differenza che per l'insolvenza e lo spossessamento, il regolamento n. 848 offre una definizione esplicita sia del «*giudice*» che dell'«*amministratore delle procedure d'insolvenza*».

Circa il giudice, l'art. 2, n. 6, si pone, però, come un significativo esempio di complicazione: detto numero a sua volta infatti, in vista delle esigenze enunciate nel considerando 20, si scompone in due punti, rispettivamente i) e ii).

Il punto i) precisa che quando si parla di giudice all'art. 1, par. 1, lett. b) e c), all'art. 4, par. 2, agli artt. 5 e 6, all'art. 21 par. 3, all'art. 24 par. 2 lett. j), agli artt. 36 e 39, nonché agli artt. da 61 a 77 si intende l'autorità giudiziaria di uno Stato membro; il punto ii) a sua volta avverte che in tutti gli altri casi il giudice è l'autorità giudiziaria, ma anche qualsiasi altro organo competente di uno Stato membro legittimato ad aprire una procedura d'insolvenza, a confermare l'apertura o a prendere decisioni nel corso della procedura. Insomma, una selva di richiami e rinvii, tutti imposti, sembra, dalla circostanza che chi ha redatto il regolamento non si è voluto dar la pena di qualificare le due tipologie di soggetti ed ha insistito a chiamarle indiscriminatamente “giudici”, invece di utilizzare denominazioni, come pur sarebbe stato possibile e logico, differenti.

Fatto sta: ai fini della nozione autonoma di giudice nell'ambito dell'art. 1, par. 1, vengono in rilievo entrambe le accezioni della definizione offerta dall'art. 7: infatti, quando si tratta di aprire la procedura varrà quella del capo ii), per le successive esigenze di controllo della gestione varrà quella di giudice in senso stretto di cui al capo i). Questa enorme complicazione rispetto alla ben più lineare e semplice definizione offerta, per il regolamento n. 1346, dalla lett. d) dell'art. 2, in cui il “giudice” è genericamente «*l'organo giudiziario o qualsiasi altra autorità competente di uno Stato membro legittimata ad aprire una procedura di insolvenza o a prendere decisioni in corso di questa*», sarà probabilmente dovuta all'ampliamento della tipologia delle procedure nazionali cui il regolamento si applica, però, tutto questo non torna ad onore delle capacità tecniche di chi ha redatto il testo del nuovo regolamento¹¹.

¹¹ Circa il “giudice” nel regolamento n. 1346, Cons. Stato 25 gennaio 2007, n. 269, *Bank of America c. Min. attività produttive*, in *Fallimento*, 2007, 259, con nota di P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Il «giudice»*, cit., e in *Dir. comm internaz.*, 2007, 513, con nota di M.M. WINKLER, *Eurofood: è davvero finito il periodo di «rodaggio» del regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza?*, ha affermato la qualità di “giudice” ai sensi del regolamento n. 1346 del Ministro delle

2.8. L'amministratore delle procedure di insolvenza

È questa, apparentemente, una figura nuova rispetto al regolamento n. 1346, però è facile constatare come essa equivalga, *mutato nomine*, al curatore previsto dalla precedente normativa¹².

Questa figura è definita all'art. 2, n. 5, come «*qualsiasi persona o organo la cui funzione, anche a titolo provvisorio, è quella di: i) verificare e ammettere i crediti fatti valere nelle procedure d'insolvenza; ii) rappresentare l'interesse collettivo dei creditori; iii) amministrare in tutto o in parte, i beni dei quali il debitore è stato spossessato; iv) liquidare i beni di cui al punto iii); oppure v) sorvegliare la gestione degli affari del debitore*».

Anche qui siamo, però, in presenza di un testo imperfetto. Ci si potrebbe infatti chiedere se queste funzioni, ferma l'alternativa tra quelle dei punti *iv)* e *v)*, debbano essere presenti tutte contemporaneamente: la risposta dovrebbe però essere negativa, essendo sufficiente che il soggetto svolga almeno uno dei compiti così elencati¹³.

Come si vede, l'amministratore non è nominato necessariamente da un'autorità giudiziaria: qui però il considerando 20 contiene una sorta di auspicio *de iure condendo* per una rigorosa disciplina nazionale che regoli l'attività di questi amministratori.

Anche per gli amministratori il regolamento ha adottato la soluzione pratica di un Allegato B) contenente l'elenco dei vari organi che in ogni Stato membro, rivestono tale qualità: per l'Italia essi sono il curatore, il commissario giudiziale, il commissario straordinario, il commissario liquidatore, il liquidatore giudiziale,

attività produttive quando questi emette un decreto di apertura di una procedura di amministrazione straordinaria ai sensi dell'art. 3, comma 3, d.l. n. 347/2003. Il Consiglio di Stato di conseguenza, rilevato che detto decreto costituisce a sua volta «*decisione di apertura di procedura di insolvenza*» ai sensi del regolamento n. 1346, e che, ciononostante, il Ministro non aveva valutato la presenza in Italia del COMI della impresa debitrice, ha ritenuto l'illegittimità del decreto stesso. Per analogia qualificazione del Ministro delle attività produttive, v. Trib. Isernia 14 aprile 2009, *It Holding Finance SA*, in *Fallimento*, 2010, 59, con nota di G. MONTELLA, *Il fallimento del COMI?*

¹² Una novità che probabilmente si inserisce nella tendenza, ravvisabile ormai a livello generalizzato internazionale, di sdrammatizzare, anche sul piano terminologico, la percezione comune dell'istituto del fallimento, e quindi anche quella del curatore fallimentare. Comunque, quella di amministratore delle procedure d'insolvenza sembra a sua volta una denominazione inutilmente prolissa e ridondante (e poi, perché mai "procedure" al plurale?) propria del testo italiano: nelle altre traduzioni del regolamento si parla, più ragionevolmente, di "operatore dell'insolvenza", o altra espressione analoga). Per brevità di seguito si utilizzerà prevalentemente il semplice "amministratore".

¹³ Altrimenti non si capirebbe, per esempio, la qualifica di amministratore per il commissario giudiziale nel concordato preventivo italiano: tale organo, infatti, e come è noto, non amministra alcun patrimonio del debitore.

il professionista nominato dal Tribunale, l'organismo di composizione della crisi nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore, il liquidatore¹⁴.

Circa la scelta di tecnica legislativa sottesa alla formazione di un siffatto Allegato, si rinvia, *mutatis mutandis*, a quanto diremo tra poco per l'Allegato A.

3. Le procedure nazionali escluse dal campo di applicazione del regolamento

Lo stesso art. 1, al suo par. 2, precisa che comunque nel campo di applicazione del regolamento non rientrano le procedure nazionali che, pur rivestendo le caratteristiche enunciate nel par. 1, riguardano le imprese assicuratrici, gli enti creditizi, le imprese di investimento e le altre imprese o enti contemplati nella direttiva 2001/24/CE, nonché gli organismi di investimento collettivo. Qui si riproduce nella sostanza il par. 2 dell'art. 1 del regolamento n. 1346, l'unica differenza riguardando le imprese di investimento ed altri enti di cui al punto c) del par. 2, per l'individuazione delle quali si rinvia espressamente alla direttiva 2001/24/CE.

Quanto, poi, agli organismi di investimento collettivo, il successivo art. 2 precisa trattarsi degli organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM) di cui alla direttiva 2009/65/CE e dei fondi di investimento alternativi di cui alla direttiva 2011/61/UE.

La ragione politica delle esclusioni enumerate in questo par. 2 si trova succintamente spiegata nel considerando 19: si tratta infatti di imprese soggette a regimi particolari che affidano alle autorità nazionali poteri di intervento assai ampi, poteri, si aggiunge, di norma esclusivi e in certa misura incompatibili con un'interazione con le autorità di altri Stati, quale quella imposta dal regolamento n. 848 (e, prima, da quello n. 1346)¹⁵.

¹⁴ Con la denominazione di "professionista nominato dal Tribunale", e con quella di "liquidatore" si intendono le figure previste dalla normativa italiana sul sovraindebitamento del debitore e del consumatore, di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3.

¹⁵ In relazione al regolamento n. 1346, l'inapplicabilità di questo alle imprese esercenti attività creditizia è stata oggetto di Cass., Sez. Un., ord. 28 luglio 2004, n. 14348, *Italfinanziaria Iberica SA c. Globo*, in *Guida al diritto* e in *Diritto comunitario e internazionale*, 2005, 1, 90. Naturalmente, i soggetti considerati dagli artt. 1, par. 2 di entrambi i regolamenti, saranno a loro volta assoggettati, in caso di loro insolvenza, ad altre apposite normative europee eventualmente applicabili: così Trib. Milano 17 dicembre 2009, *E.C. c. Lehman Brothers International Italian Branch*, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2010, 987, ha ritenuto che le società che prestano attività di consulenza in materia di investimenti non ricadevano nel regolamento n. 1346, contemporaneamente però dichiarando, in forza del principio del controllo da parte dello Stato membro di origine, che le procedure concorsuali aperte nei loro confronti nello Stato della loro sede sono automaticamente efficaci in Italia.

4. L'Allegato A

Quelle sopra delineate costituiscono un primo nucleo di caratteristiche essenziali perché una procedura possa ricadere nell'ambito di applicazione del regolamento n. 848: diciamo "possa", in quanto il regolamento è corredato da un Allegato A, che elenca espressamente le singole procedure nazionali che rientrano nel regolamento stesso, con l'avvertenza inoltre (considerando 9) che detto elenco è tassativo.

Ci si può chiedere, a questo punto, come mai il legislatore europeo si sia data la pena di esporre così nel dettaglio le caratteristiche di cui debbono essere dotate le singole procedure nazionali affinché esse possano ricadere nell'ambito di applicazione del regolamento, per poi stabilire un elenco esplicito di dette stesse procedure, avvertendo per di più che questo è tassativo¹⁶.

Analoga stranezza era già, però, ravvisabile nel regolamento n. 1346, che difatti era anch'esso accompagnato da un Allegato A nel quale si indicavano le varie procedure nazionali cui il regolamento stesso si applicava: però la precisazione della tassatività è peculiare del solo regolamento n. 848. Come già per il regolamento n. 1346 sembra, tuttavia, possa concludersi che l'elenco dei requisiti cui le varie procedure nazionali debbono rispondere per ricadere nel regolamento n. 848 ha una finalità soprattutto programmatica: come per il regolamento n. 1346, infatti, anche il nuovo Allegato A è destinato a continue e sicure variazioni, man mano che nei vari Stati membri si introdurranno nuove procedure nazionali, che a loro volta potranno aggiungersi, ma anche sostituirsi a quelle figuranti inizialmente nell'Allegato stesso.

Può così ritenersi che il legislatore europeo, con l'attuale Allegato A abbia voluto stabilire esplicitamente le procedure attualmente previste dai diritti nazionali, alle quali il regolamento si applica, precisando, da un lato, che ove una data procedura attualmente vigente non sia ricompresa in detto Allegato A, essa non può ricadere, neppure per via di interpretazione, nell'ambito del regolamento stesso, dall'altro, che eventuali variazioni future dell'elenco attuale potranno avvenire solo con l'inserimento di nuove procedure, che però dovranno soddisfare gli standard dell'art. 1 e dei considerando correlativi. Sotto questo profilo, dunque, si avrebbe un avvertimento ai legislatori nazionali: se si vuol introdurre una nuova procedura nazionale di insolvenza, e si desidera che ad essa si applichi il regolamento n. 848, tale procedura dovrà anzitutto rivestire le caratteristiche dell'art. 1 (e dei considerando a questo collegati), e poi ottenerne a livello europeo l'inserimento nell'Allegato A.

¹⁶ Ricordiamo che l'esplicitazione della tassatività è stata voluta dal Regno Unito, con la finalità di escludere dal campo di applicazione del regolamento gli *scheme of arrangement*. V., sul punto, F. IODICE, *Scheme of arrangement tra raccomandazione della commissione e riforma del regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Fallimento*, 2015, 1093, e P. DE CESARI, *Il regolamento 2015/848*, *ivi*, 1026.

Tuttavia, molto probabilmente, nonostante il carattere di tassatività dell'Allegato A, forse la precisazione per la quale il regolamento si applica alle procedure che comportino lo spossessamento del debitore e la nomina di un amministratore delle procedure ha un carattere anche attuale, *de jure condito*, e non solo *condendo*: ci riferiamo alla possibile interazione tra procedure nazionali non ricomprese nell'Allegato A, ma che siano preparatorie rispetto a procedure che invece siano in questo ricomprese. Il considerando 15 dispone, infatti, che il regolamento n. 848 «*dovrebbe applicarsi altresì alle procedure che, a norma del diritto di taluni Stati membri, sono aperte e condotte per un certo periodo di tempo su base provvisoria o temporanea prima che un giudice emetta un provvedimento che conferma il prosieguo delle procedure su base non provvisoria, Nonostante siano indicate come "provvisorie", tali procedure dovrebbero soddisfare tutti gli altri requisiti del presente regolamento*». Questa previsione, peraltro, si badi, poi non riprodotta nell'articolato vero e proprio, getta, sembra, una luce nuova sull'Allegato A. È, infatti, bensì vero che l'elenco di procedure contenute nell'Allegato A è tassativo, però tale tassatività vale solo per le procedure per così dire definitive; il regolamento, infatti, si applica anche alle procedure provvisorie o temporanee che, ancorché non figuranti nell'Allegato A, siano comunque propedeutiche ad una di quelle che nel detto Allegato figurano. Il regolamento però non esplicita quali siano, Stato per Stato, tali misure provvisorie o temporanee, ma dispone che dette misure debbono soddisfare i requisiti posti dal regolamento per le procedure figuranti nell'Allegato A, ossia, in definitiva, i requisiti elencati nell'art. 1, par. 1 e sopra esaminati. Ecco, quindi, che, sia pure sotto questo profilo particolare, già ora, *rebus sic stantibus*, il regolamento sembrerebbe avere una portata oggettivamente aperta applicandosi esso alle procedure, per così dire, definitive, esplicitate nell'Allegato A, ma anche a quelle provvisorie o temporanee, che in quell'Allegato non figurano, ma che comunque siano propedeutiche ad una procedura definitiva, e rivestano gli altri requisiti del regolamento per ivi figurare¹⁷.

Fatto sta che, come già detto, per l'Italia le procedure elencate in tale Allegato A, e alle quali quindi si applica il regolamento n. 848, sono attualmente il fallimento, il concordato preventivo¹⁸, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria, gli accordi di ristrutturazione, compresi quelli previsti dall'art. 182-*septies* legge fall., le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore (accordo o piano), e la liquidazione dei

¹⁷ È comunque, a ben vedere, una novità relativa: si veda, infatti, *infra*, cap. 3, par. 9, quanto dalla Corte ritenuto nella sentenza *Eurofood* circa il provvedimento irlandese di nomina di un *provisional liquidator* nelle more dell'istruttoria per la pronuncia di apertura della procedura di insolvenza definitiva.

¹⁸ Circa la procedura aperta ai sensi del sesto comma dell'art. 161 legge fall., v., in relazione al regolamento n. 1346, C.P. D'AIELLO, *Il concordato "con riserva" alla prova del reg. Ce n. 1346/2000*, in *Dir. fallim.*, 2014, I, 756.

beni. Ne esula, quindi, per esempio, il c.d. concordato stragiudiziale, e ciò è conseguente con i principi, visto che di solito tale operazione non è pubblica, e comunque per definizione essa non prevede l'intervento di un giudice; per le stesse ragioni il regolamento non si applica ai piani asseverati di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), legge fall.; anche la cessione dei beni ai creditori, disciplinata dagli artt. 1977 ss. cod. civ., non rientra nel regolamento n. 848, e pure qui ciò si spiega con il carattere riservato della procedura (che, del resto, a rigore procedura non è, trattandosi semplicemente delle modalità esecutive di un contratto tra il debitore e i suoi creditori), nonché con l'assenza di un giudice (mentre potrebbe in realtà aversi un liquidatore in qualche modo assimilabile all'amministratore della procedura).

Per quanto, invece, attiene al possibile impatto del considerando 15 in Italia, pensiamo anzitutto al provvedimento emesso nel corso della procedura prefalimentare ai sensi del penultimo comma dell'art. 15 legge fall., che, come è noto, consente al tribunale di «*emettere i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento*». Sembra, infatti, che ove il provvedimento emesso risponda ai requisiti del considerando 15 e dell'art. 1 del regolamento (spossessamento del debitore e nomina dell'amministratore), questo ben possa essere considerato ai fini del regolamento stesso come decisione di apertura di una procedura italiana¹⁹.

5. *L'ambito di applicazione del regolamento in funzione del COMI e del carattere transfrontaliero dell'insolvenza*

A ben vedere, però, il campo di applicazione del regolamento n. 848 trova una disciplina ancor più generale, e in un certo senso, pregiudiziale, nel considerando 25, il quale infatti dispone che «*il presente regolamento si applica unicamente alle procedure relative ad un debitore il cui centro degli interessi principali è situato all'interno dell'Unione*».

Premesso che, come vedremo tra poco, detto centro degli interessi principali (o COMI, *Centre Of Main Interests*) del debitore costituisce il criterio in forza del quale si suddivide tra i vari Paesi membri la competenza internazionale ad aprire procedure di insolvenza principali, da questo considerando 25 (come già dal considerando 14, per il regolamento n. 1346) si evince come il COMI sia anche criterio di applicazione stessa del regolamento²⁰.

¹⁹ Per una ipotizzabile estensione anche al sequestro conservativo del patrimonio del debitore nelle more del processo *ex art. 15* legge fall., v. P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., 91.

²⁰ Sul punto, con riferimento al regolamento n. 1346, v. S.M. CARBONE, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in S.M. CARBONE, M. FRIGO, L. FUMAGALLI (a cu-

Un importante spunto di riflessione su detto campo di applicazione è, tuttavia, imposto anche dal considerando 8, che infatti dichiara, quale finalità del regolamento stesso, quella di «migliorare l'efficacia e l'efficienza delle procedure d'insolvenza che presentano implicazioni transfrontaliere». Questo riferimento al carattere “transfrontaliero” delle procedure oggetto del regolamento del resto si trova, sia pure con formulazione meno netta, anche nei considerando 1, 3, 4, ma non nell'articolato vero e proprio. In particolare di esso non è traccia né nell'art. 1, e neppure nell'elenco di definizioni contenuto, come vedremo, nell'art. 2, di modo che non è dato comprendere con certezza cosa il legislatore europeo abbia inteso con l'aggettivo “transfrontaliero”.

Ciò, quindi, potrebbe legittimare il dubbio che possano aversi procedure concretamente aperte in un dato Stato membro, le quali tuttavia, non implicando esse problematiche transfrontaliere, siano esenti dall'applicazione del regolamento. In altre parole, il dubbio potrebbe essere che nell'ambito di un dato Stato possano aversi nel concreto gli stessi tipi di procedure nazionali con due diverse evoluzioni, nel senso che quelle procedure che risultino prive di implicazioni transfrontaliere, non ricadrebbero nel regolamento, a differenza di quelle per le quali, invece, implicazioni siffatte emergano. Tale interrogativo è poi a sua volta a maggior ragione indotto dalla circostanza che, come si è visto, il regolamento non spiega cosa debba intendersi per “implicazioni transfrontaliere”.

Però sembra evidente che il giudice nazionale chiamato ad aprire una procedura di insolvenza nazionale non sempre, ed anzi quasi mai, è in grado, già nella fase istruttoria propedeutica alla decisione di apertura della procedura, di ravvisare se il caso concreto presenti o meno implicazioni transfrontaliere, ma per converso, nell'evoluzione attuale dei rapporti economici e commerciali, sembra anche ben difficile ipotizzare una insolvenza che non abbia un qualsiasi, anche minimo (per esempio, anche solo qualche creditore situato all'estero) rapporto con altri Stati. Si creerebbe così il paradosso di un giudice nazionale che è chiamato a delibare l'apertura di una procedura che inizialmente non presenta alcuna evidenza di un qualche carattere transfrontaliero, essendosi però ben consapevoli che in realtà un carattere siffatto quasi certamente emergerà nel corso della gestione della procedura stessa, una volta che questa sia stata aperta.

Questo dubbio, e la consapevolezza di questo paradosso, sul piano concreto dovrebbero a rigore imporre al giudice nazionale di decidere in via assolutamente preliminare e pregiudiziale se la fattispecie a lui sottoposta rientri nella sfera

ra di), *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004, 102; V. STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 2002, 298 s.; L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 684 ss.; P. DE CESARI, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2003, 64 ss.

di applicazione del regolamento, e quindi, nel caso positivo, comportarsi di conseguenza: ma tale decisione può essere, come già si è evidenziato, resa impossibile, o quantomeno assai difficile, dalla circostanza che la domanda di apertura della procedura non offra spunti tali da far supporre che la fattispecie abbia implicazioni transfrontaliere, checché ciò significhi.

Si tratta, però, almeno a nostro parere, di un falso problema, visto che, già con il regolamento n. 1346, ma a maggior ragione oggi con quello n. 848, tutte le procedure nazionali astrattamente ricomprese nell'Allegato A, e concretamente avviate in ciascun Paese membro, ricadono in certa misura automaticamente nell'ambito di applicazione dell'uno, e, soprattutto, dell'altro.

Per tale conclusione sembrano davvero militare varie norme che ora nel regolamento n. 848 sono esplicitate, ma che comunque si potevano ritenere implicite già nello stesso regolamento n. 1346. Anzitutto viene, infatti, in tal senso in rilievo l'art. 4 che stabilisce che il giudice nazionale *«investito di una domanda di apertura di una procedura d'insolvenza verifica d'ufficio la propria competenza ai sensi dell'art. 3²¹. Nella decisione di apertura della procedura d'insolvenza il giudice espone i motivi della competenza giurisdizionale, in particolare se questa si fonda sull'art. 3, paragrafo 1 o paragrafo 2»*. Lo stesso art. 4, poi, detta una norma sostanzialmente analoga per il caso in cui una procedura sia, in base al dato di diritto nazionale applicabile, aperta senza necessità di una pronuncia giudiziaria: in tal caso, la verifica della competenza internazionale ai sensi dell'art. 3 del regolamento, e la relativa motivazione, sono imposte all'amministratore delle procedure d'insolvenza.

Del resto, il considerando 27 esplicita a sua volta che *«prima di aprire la procedura d'insolvenza, il giudice competente dovrebbe verificare d'ufficio se il centro degli interessi principali del debitore o la competenza di quest'ultimo sono effettivamente situati nella sua giurisdizione»*, per giurisdizione intendendosi la competenza internazionale, visto che per il considerando 26 il regolamento non interferisce sulla competenza territoriale interna del singolo giudice in questione. Anche, quindi, il considerando 27 induce a ritenere che il singolo giudice nazionale è comunque e sempre soggetto al regolamento, sia pure ai limitati effetti di valutare se il COMI (o la dipendenza, sulla quale si rinvia oltre) del debitore sia situato nel suo Stato, e nel caso positivo (e, si ritiene, anche in quello negativo) in forza dello stesso regolamento deve di ciò dare esplicita menzione nel proprio provvedimento (e quindi, ove la procedura sia aperta in funzione di un criterio di competenza non riconducibile al COMI, dovrebbe anche enunciare tale circostanza).

L'applicabilità del regolamento n. 848 sempre e comunque ad ogni procedura nazionale rientrante, beninteso, nell'Allegato A, sia pure eventualmente solo

²¹ Cioè quello che, come si vedrà, detta i criteri di competenza internazionale per l'apertura di una procedura di insolvenza.

nella fase iniziale di delibazione della richiesta di apertura della procedura, sembra poi confermata al successivo art. 5, che offre al debitore, a qualsiasi creditore, e, consentendolo il diritto nazionale, a qualsiasi altro interessato, la possibilità di impugnare la decisione di apertura per motivi di competenza giurisdizionale internazionale, ossia, evidentemente, per motivi fondati sull'art. 3 del regolamento²².

A questo punto, però, può sorgere un ulteriore dubbio, a sua volta indotto dal considerando 33, per il quale *«nel caso in cui il giudice adito della domanda di apertura della procedura d'insolvenza ritenga che il centro degli interessi principali non sia situato nel suo territorio, non dovrebbe aprire una procedura principale d'insolvenza»*. Preso alla lettera, da questo considerando sembrerebbe che se il COMI del debitore non è situato nel territorio del giudice adito, in tal caso questi non potrebbe mai aprire una procedura di insolvenza, neppure sulla base di un criterio di competenza internazionale non ricompreso nel regolamento, ma espresso dal suo diritto nazionale. Indubbiamente il considerando 33 è frutto di una formulazione infelice, però da esso non sembra potersi desumere la conclusione sopra espressa. Il considerando 33 va, infatti, giustapposto al considerando 25, di modo che il giudice richiesto dell'apertura di una procedura dovrebbe valutare se il COMI del debitore è situato nel suo Paese, e nel caso positivo egli sarebbe legittimato ad aprire la procedura stessa. Nel caso, invece, in cui il COMI abbia una diversa collocazione, allora egli dovrebbe stabilire se detto COMI non sia in un altro Paese membro, e se così è varrà il considerando 33: quel giudice dovrà dichiarare la propria incompetenza internazionale e pertanto non potrà aprire la procedura.

Senonché a questo punto si presenta un quesito ancora ulteriore, in un certo senso più avanzato: la lettera del considerando 33 infatti sembrerebbe comportare che il giudice nazionale di un Paese in cui non sia ravvisabile il COMI del debitore, non potrebbe mai aprire una procedura di insolvenza, sia pure, come si è detto sopra, basando la propria competenza su un criterio previsto solo dal proprio diritto nazionale, non riconducibile, cioè, al regolamento. Tale conclusione però sarebbe difficilmente accettabile: infatti, il regolamento si applica alle sole insolvenze in cui il COMI del debitore sia all'interno dell'Unione, e quindi ove il COMI sia, invece, al di fuori dell'Unione stessa, non varrebbe il divieto del considerando 33 (che a sua volta è, ovviamente, una norma ricompresa nel regolamento) e quindi il singolo giudice nazionale potrebbe decidere la fattispecie applicando la propria normativa nazionale in tema di competenza internazionale ad aprire procedure di insolvenza²³.

²² Quale conseguenza e conferma di tutto ciò, v. anche l'art. 28.

²³ Ritenere altrimenti comporterebbe la conclusione che i giudici dell'Unione potrebbero, comunque, anche a prescindere dal regolamento, aprire procedure solo a carico di debitori il cui COMI sia nell'Unione stessa.

Può, poi, sorgere un altro dubbio, forse ancora più pregnante: si potrebbe infatti supporre che il regolamento non soppianti, in via generale, la normativa interna dei vari Stati in tema di insolvenza, limitandosi esso a dettare una normativa europea che, ove utilizzata e correttamente applicata, consente alle decisioni in materia di insolvenza di circolare nello spazio giuridico dell'Unione stessa. Rimarrebbero però sempre applicabili anche le normative nazionali in tema di competenza internazionale, con l'avvertenza, beninteso, che qualora una procedura sia aperta sulla base di una normativa nazionale non riconducibile al regolamento, siffatta procedura sarebbe certamente valida ed efficace, però non godrebbe del regime, per così dire, preferenziale, garantito dal regolamento stesso alle procedure che siano ad esso conformi. Questo dubbio di una possibilità di compresenza di un duplice regime in materia di competenza internazionale, uno europeo, l'altro nazionale, potrebbe prendere, del resto, lo spunto dalla notazione obbiettiva che il regolamento non contiene norma alcuna che dichiari l'inapplicabilità delle normative nazionali in tema di insolvenza, e in particolare in tema di competenza internazionale ad aprire procedure d'insolvenza²⁴. Si potrebbe, quindi, affacciare l'ipotesi che una procedura nazionale possa essere aperta anche da un giudice che basi la propria competenza su un criterio della propria legge nazionale non riconducibile al COMI.

Un'apertura siffatta sarebbe quindi, sulla base di questa costruzione, legittima, proprio in quanto il regolamento non sostituirebbe, ma semplicemente giustapporrebbe le proprie regole sulla competenza internazionale a quelle nazionali dei singoli Stati membri. Però, ove essa sia aperta sulla base di un criterio di competenza non riconducibile all'art. 3 del regolamento, la procedura nazionale sarebbe bensì valida nel dato ambito nazionale interno e anche legittima dal punto di vista del diritto europeo, ma non godrebbe delle facilitazioni offerte dal regolamento per una sua espansione nel resto dell'Unione.

In definitiva, quindi, il regolamento²⁵, e in particolare le sue regole sulla competenza internazionale, si affiancherebbe, e non sostituirebbe, le varie normative nazionali, con la conseguenza che in ogni Stato membro sarebbero operanti due regimi, peraltro reciprocamente distinti e in certa misura impermeabili. Ne conseguirebbe che il giudice chiamato ad aprire una procedura di insolvenza potrebbe scegliere se fondare la propria competenza internazionale sull'art. 3 del regolamento, ovvero su una norma interna di diverso contenuto, e solo nel primo caso la procedura, una volta aperta, ricadrebbe nell'ambito del regolamento, con tutte le conseguenze sulla circolazione europea della decisione di apertura e, in definitiva, della procedura stessa.

²⁴ Quando il regolamento intende imporre l'inapplicabilità di una data normativa ad esso non riferibile, lo fa espressamente: v., per es., l'art. 85, in relazione alla convenzioni bilaterali o multilaterali in materia di insolvenza stipulate tra gli Stati membri.

²⁵ Il discorso, se esatto, varrebbe sia per il regolamento n. 848 che per quello n. 1346.

Una tesi siffatta ci sembra, tuttavia, difficilmente sostenibile alla luce del considerando 25, che impone l'applicazione del regolamento unicamente, ma anche, ci sembra, necessariamente ed inderogabilmente, ogni qual volta il COMI del debitore sia situato nell'Unione. Questo carattere di necessità ed inderogabilità, a dire il vero, non è esplicitato nella norma, però dobbiamo riflettere sulle conseguenze paradossali che deriverebbero se fosse consentito ad un giudice nazionale di utilizzare la propria normativa parimenti nazionale per aprire una procedura di insolvenza a carico di un debitore insolvente, il cui COMI però sia in un altro Stato membro: il giudice di quell'altro Stato sarebbe, infatti, legittimato, a norma di regolamento, ad aprire una procedura di insolvenza che si esplicherebbe sullo stesso patrimonio già oggetto della procedura "nazionale". Si produrrebbe, cioè, esattamente quel conflitto che il regolamento intende evitare attraverso una normativa che, ricordiamolo, in quanto di provenienza europea, fa aggio e prevale su quelle nazionali sullo stesso tema.

In definitiva, quindi, il giudice nazionale richiesto di aprire una procedura di insolvenza è comunque soggetto al regolamento, sia pure limitatamente a quelle norme, sopra individuate, che gli fanno obbligo di valutare e di motivare se la propria competenza internazionale sia o no riconducibile all'art. 3 del regolamento stesso, e nel caso positivo potrà aprire la procedura e questa ricadrà nel regolamento; se invece il COMI del debitore viene individuato in un altro Stato membro, quel giudice non potrà aprire procedura alcuna; qualora, infine, il COMI non sia ravvisato all'interno dell'Unione, allora il regolamento cesserà di essere applicabile (considerando 33), e il giudice nazionale potrà valutare la propria competenza internazionale alla luce delle proprie regole nazionali in materia, con però l'avvertenza che la procedura così eventualmente aperta non godrà del regime garantito dal regolamento alle procedure aperte in conformità ad esso.

Quindi, il meccanismo, sul piano pratico sarebbe il seguente:

– il giudice nazionale, richiesto di aprire una procedura di insolvenza, deve preliminarmente accertare dove sia collocato il COMI del debitore;

– se il COMI è nello Stato richiesto, allora alla procedura si applica il regolamento nella sua interezza: quel giudice apre, ricorrendone gli altri presupposti, la procedura;

– se, invece, il COMI è ravvisato in un altro Stato dell'Unione, il giudice richiesto applica comunque il regolamento (considerando 25), sia pure al limitato fine di dichiarare la propria incompetenza internazionale, e la sua attività, in relazione a quella specifica insolvenza, finisce qui;

– se, poi, il COMI viene ravvisato al di fuori dell'Unione, il regolamento cessa di applicarsi ulteriormente (considerando 33), e in tal caso (e, si ritiene, solo in tal caso) possono rientrare in gioco le norme sulla competenza internazionale nazionali del giudice richiesto, e qualora tali norme lo consentano, la procedura viene aperta, fermo restando che essa non potrà godere del riconoscimento e quant'altro garantito dal regolamento alle procedure che sono invece a sé conformi.

Ci si può chiedere, a questo punto, quale possa (debba) essere l'interazione tra la normativa del regolamento sul COMI e quella interna italiana in tema di competenza internazionale dei nostri giudici.

Come è noto, in diritto italiano manca una norma diretta esplicitamente a disciplinare detta competenza internazionale: tale competenza viene quindi ravvisata indirettamente, nel senso che ogni qual volta un giudice interno sia munito di competenza territoriale ad aprire una procedura di insolvenza, allora si ritiene che sussista anche la competenza internazionale: in pratica, quindi, la competenza internazionale italiana viene a porsi come la somma delle varie competenze territoriali interne²⁶. La norma di riferimento quindi, sia pure per questa via indiretta, viene ad essere l'art. 9 legge fall.: se il debitore ha in Italia la sede principale della propria impresa, allora, sotto il profilo dell'insolvenza, egli andrà soggetto alla competenza anche internazionale italiana.

La disciplina così individuata, però, è, ovviamente, nazionale italiana, e quindi pare destinata ad essere soppiantata da quella fondata sul criterio del COMI: ciò in conformità con quanto derivante dalla già studiata embricazione tra i considerando 25, 27, e, soprattutto, 26, e poi anche per l'esplicita, ancorché a rigore giuridicamente superflua, dichiarazione del quarto comma dell'art. 9 legge fall.

Quindi, declinando per altro verso la scansione appena sopra delineata, si ritiene che il giudice italiano, investito della richiesta di fallimento di un dato debitore, dovrebbe individuare anzitutto dove quest'ultimo ha il proprio COMI, e se il COMI è in Italia, allora, ricorrendone gli altri presupposti, potrà aprire la procedura italiana; se invece il COMI è in un altro Stato dell'Unione, dovrà semplicemente declinare la propria competenza (considerando 25 e 27). Solo se il COMI non è nell'Unione, allora il regolamento non sarà applicabile (considerando 27) e quindi la competenza internazionale del giudice italiano potrà-dovrà essere valutata secondo il meccanismo indiretto sopra descritto, fondato sull'art. 9.

In definitiva, dunque, il giudice italiano si trova, ci sembra, a seconda delle circostanze, a decidere della propria competenza internazionale sulla base del criterio o del COMI, o della sede principale dell'impresa (art. 9 legge fall.). Ci si potrebbe a questo punto porre l'interrogativo se in fondo i due sistemi normativi non si equivalgano, ossia se in realtà COMI e sede principale dell'impresa non indichino, con parole diverse, lo stesso concetto, ossia lo stesso criterio di competenza internazionale. A quanto pare, la risposta dovrebbe essere positiva, anzitutto perché non sembra possibile, al di là della differenza terminologica, ravvisare una significativa distinzione concettuale tra le due espressioni. In se-

²⁶ V, per una più approfondita descrizione del punto, P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., 8 ss.; I. QUEIROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria – Modelli di riferimento e diritto interno*, Torino, 2007, 277 s.; nonché, sia pure con una impostazione leggermente diversa, L. DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987, 55 ss.

condo luogo, poi, il principio della prevalenza della normativa europea su quelle nazionali dei singoli Stati membri dovrebbe indurre anche sul piano puramente interpretativo a ravvisare nell'espressione di diritto interno del primo comma dell'art. 9 legge fall. un contenuto analogo a quello attribuito al COMI. Ciò detto, tuttavia ci permetteremmo di suggerire al legislatore italiano, il quale come è noto sta studiando una riforma organica del nostro diritto concorsuale, di valutare l'opportunità, o di prevedere una normativa esplicita circa la competenza internazionale basata sul COMI, o quantomeno di sostituire, quale criterio di competenza interna, alla sede principale dell'impresa, il centro degli interessi principali del debitore.

Certamente, poi, inapplicabile a carico di debitori il cui COMI è nell'Unione, sarà il terzo comma dell'art. 9 legge fall.²⁷

Ulteriore problema pone poi l'accostamento tra i limiti cronologici posti dal regolamento n. 848 in relazione ai trasferimenti della sede del debitore, e quello dell'art. 9, comma 2, legge fall. La questione, si ritiene, andrebbe risolta applicando i criteri già sopra individuati in via più generale, ossia: per le procedure a carico di debitori il cui COMI è in Italia si applica il regolamento, e quindi anche la relativa disciplina sui trasferimenti; se invece il COMI è fuori dell'Italia, ma nell'Unione, semplicemente il giudice italiano è privo di competenza internazionale, e quindi il problema dei trasferimenti non si pone; se, infine, il COMI del debitore è fuori dell'Unione, allora varrà senza limitazione il diritto italiano, e quindi anche il secondo comma dell'art. 9.

L'art. 9 legge fall. non costituisce certamente l'unica norma di diritto interno italiano sulla competenza internazionale in materia di insolvenza: particolarmente rilevanti appaiono, sotto questo profilo, l'art. 3, comma 3 del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 (c.d. legge Marzano) e l'art. 81 del d.l. 8 luglio 1999, n. 270 (c.d. legge Prodi *bis*)²⁸, che pongono problematiche assai peculiari, specialmente in tema di gruppi di imprese, e per le quali la interazione con la normativa europea pone problemi quasi inestricabili²⁹.

²⁷ Salvo, naturalmente, il caso, però completamente diverso, di apertura in Italia di una procedura secondaria ai sensi del regolamento, sul che v. *infra*, cap. 4, par. 3. Comunque permangono seri dubbi sulla attuale vigenza stessa di questo terzo comma, data la possibile incompatibilità con la sopravvenuta legge 31 maggio 1995, n. 218, *Riforma del diritto internazionale privato* (c.d. "Riforma"). In generale, sul comma 3 dell'art. 9 legge fall. italiana rinviamo a P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., 12.

²⁸ Detti testi legislativi disciplinano, come si sa, due diverse forme di amministrazione straordinaria delle gradi imprese in stato di insolvenza che, figurando entrambe nell'Allegato A del regolamento n. 848, sotto la generica denominazione di "amministrazione straordinaria", rientrano certo nel campo di applicazione del regolamento stesso.

²⁹ Proprio la peculiarità, e la relativa marginalità della problematica, ci induce a rinviare senz'altro a P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., 29 ss.

6. La successione del regolamento n. 848 rispetto a quello n. 1346

L'art. 92 dispone circa l'entrata in vigore e l'applicazione del regolamento n. 848, ma qui si ha una complicazione, purtroppo tipica di questi strumenti europei: il regolamento infatti è entrato in vigore il 25 giugno 2015, ossia venti giorni dopo la sua pubblicazione in Gazzetta ufficiale UE, però esso si applica in concreto dal 26 giugno 2017, salvo uno scadenziamento ulteriore tra il 26 giugno 2016 al 26 giugno 2019 per alcuni adempimenti amministrativi di competenza dei singoli Stati.

Lo sfasamento di due anni tra l'entrata in vigore e la concreta applicazione può apparire, e per certi versi è effettivamente, bizzarra, ma rientra nel *modus operandi* legislativo dell'Unione. Quello che conta nel concreto è, invece, il dettato dell'art. 84 del regolamento n. 848, che, intitolato «*Applicazione nel tempo*» al suo par. 1 stabilisce che «*le disposizioni del presente regolamento si applicano soltanto alle procedure di insolvenza aperte successivamente al 26 giugno 2017*». D'altra parte, l'art. 91 dichiara espressamente che «*il regolamento (CE) n. 1346/2000 è abrogato*», sennonché il par. 2 dell'art. 84 avverte che «*in deroga all'art. 91 del presente regolamento il regolamento (CE) n. 1346/2000 continua ad applicarsi alle procedure di insolvenza che rientrano nel campo di applicazione di detto regolamento e che sono state aperte anteriormente al 26 giugno 2017*». Insomma, questo ginepraio sembra un modo complicato per dire semplicemente che il regolamento n. 848 si applica solo alle procedure aperte dopo il 26 giugno 2017, mentre il regolamento n. 1346 continuerà ad applicarsi alle procedure aperte prima del 26 giugno 2017. A parte, però, che a rigore, sarebbe lecito chiedersi, sulla base della lettera dell'art. 84, quale dei due regolamenti disciplinerà mai le procedure aperte esattamente il 26 giugno 2017³⁰, questa scansione induce ad una serie di considerazioni, prima tra tutte quella, già rilevata, che il regolamento n. 1346 avrà ancora vita applicativa assai lunga, che si estenderà, appunto a tutte le procedure aperte prima del 26 giugno 2017, e quindi anche per tutto il corso successivo di dette stesse procedure.

Ciò comporta a sua volta un'ulteriore riflessione, ossia che le facilitazioni di circolazione derivanti dalla normativa europea si applicano alle procedure nazionali di insolvenza comprese nel regolamento n. 848 e non in quello n. 1346 solo purché aperte successivamente al 26 giugno 2017, mentre le procedure aperte prima di tale data godono di tali stesse facilitazioni solo se comprese nell'Allegato A al regolamento n. 1346.

Si potrebbe, poi, porre un ulteriore problema: l'art. 84 del regolamento n. 848 stabilisce che questo si applica alle procedure «*aperte*» successivamente al 26 giugno 2016, e quindi la relativa nozione autonoma di “apertura” andrà in-

³⁰ Una volta tanto, non si tratta di errore di traduzione italiana: la stessa curiosa aporia si pone, infatti, anche negli altri testi.

tegrata alla luce del n. 8 dell'art. 2, e comunque v. *infra*, cap. 3, par. 9, circa il momento in cui la procedura si considera aperta. Però, visto che il regolamento n. 848 si applica alle procedure «aperte», e quindi successivamente a detta apertura, ci si potrebbe chiedere quale dei due regolamenti disciplinerà invece un procedimento inteso all'apertura di una procedura, che sia stato avviato però prima del 26 giugno 2017: a rigore, dovrebbe trattarsi del regolamento n. 1346.

Questo problema, tuttavia, sembra risolvibile con un minimo di buon senso: in fondo, l'unico impegno che il regolamento n. 848 impone esplicitamente al giudice richiesto di aprire una procedura di insolvenza è che immediatamente egli accerti se il COMI, o la dipendenza, del debitore siano collocati nello Stato richiesto, e d'altra parte le nozioni sia di COMI che di dipendenza sono rimaste praticamente invariate nel passaggio dall'una all'altra normativa. Ma tale indagine era, in fondo, già imposta implicitamente anche nel regolamento n. 1346, e quindi basterà, pensiamo, che il giudice accerti comunque che il COMI o la dipendenza siano nel proprio Stato, sia pure senza esplicitare, nel corso di tale indagine, a quale regolamento egli si riferisca. Poi, naturalmente, se la pronuncia di apertura della procedura avviene dopo il 26 giugno 2017, varrà l'obbligo di esplicitazione posto dall'art. 4, par. 1 del regolamento n. 848. Va però anche rilevato che tale considerazione, e questa sorta di passaggio in corso d'opera dal regolamento n. 1346 a quello n. 848 sarebbero ammessi solo in quanto si tratti dell'apertura di procedure previste contemporaneamente negli Allegati A sia del regolamento n. 1346 che in quello n. 848.

Comunque, sembra possibile affermare con certezza che il regolamento n. 848 si applicherà alle procedure aperte dopo il 26 giugno 2017, anche se il processo per l'apertura della procedura sia stato avviato prima: in tal senso infatti sembra deporre la sentenza della Corte di giustizia in causa *Staubitz-Schreiber*³¹, che ha affermato che il regolamento n. 1346 si applica alle procedure aperte dopo la sua entrata in applicazione, ancorché la domanda di apertura sia stata proposta anteriormente: una massima che, *mutatis mutandis* ben si può estendere alla problematica dei rapporti tra i due regolamenti.

Un ulteriore quesito potrebbe sorgere anche sulla base della constatazione

³¹ Sentenza 17 gennaio 2006, C-1/04, in *Int.l Lis*, 2007, 20, con nota di M. MONTANARI, *La perpetuatio jurisdictionis nel sistema del regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*; in *Dir. fallim.*, 2006, II, 413, con nota di F. DIALTI, *Trasferimento del centro degli interessi principali del debitore nel territorio di un altro Stato membro successivamente alla proposizione della domanda di apertura di una procedura di insolvenza*; in *Dir. mercato lav.*, 2006, 322, con nota di S. PARISI, *Procedure di insolvenza transnazionali: competenza giurisdizionale e tutela dei creditori nel regolamento Ce n. 1346/2000*; in *Fallimento*, 2006, 907, con nota di F. MACRÌ, *Trasferimento del centro degli interessi principali e competenza giurisdizionale nel regolamento (Ce) 1346/2000* e in *Riv. dir. soc.*, 2007, 64, con nota di F.M. MUCCIARELLI, *Forum shopping e perpetuatio iurisdictionis nel regolamento comunitario sull'insolvenza*.

per cui il par. 1 dell'art. 84 parla genericamente di «*procedure di insolvenza aperte successivamente al 26 giugno 2017*», ma non fa differenza tra procedure principali e procedure secondarie. Ci si potrebbe, quindi, chiedere se una procedura secondaria aperta dopo tale data, ma in via, per così dire, di gemmazione da una procedura principale aperta prima, e come tale soggetta al regolamento n. 1346, sia a sua volta regolata dal regolamento n. 848³². La risposta dovrebbe essere negativa. È bensì vero, infatti, che il regolamento n. 848 è stato introdotto, tra l'altro, proprio per cercare di porre rimedio ad una serie di difficoltà emerse – e mai risolte appieno – sotto il regime di quello n. 1346 anche, e forse soprattutto nel rapporto tra procedura principale e procedure secondarie, e quindi sarebbe opportuno cercare di ampliare l'applicazione di una nuova normativa intesa proprio ad ovviare a tali problematiche, però tale normativa è destinata ad incidere parecchio sulla gestione delle procedure principali, che quindi, ove aperte prima del 26 giugno 2017, verrebbero lo stesso in qualche misura e sia pure in via marginale, assoggettate al nuovo regolamento, in contraddizione quindi con lo spirito, e la lettera, del par. 1 dell'art. 84³³.

7. *L'ambito territoriale di applicazione del regolamento*

Anche il regolamento n. 848, così come prima quello n. 1346, si applica in e tra tutti i Paesi dell'Unione, salvo la Danimarca: tale eccezione è esplicitata non nell'articolato, bensì in un considerando, quello n. 88 che dichiara appunto che la Danimarca «*non partecipa all'adozione del presente regolamento, non è vincolata da esso, né è soggetta alla sua applicazione*». Lo stesso considerando ricorda, infatti, che per la Danimarca valgono gli artt. 1 e 2 del Protocollo n. 22 allegato al Trattato sull'Unione europea con i quali, in pratica, e semplificando molto, quel Paese si è riservata la facoltà c.d. di *opting out* relativamente alla normativa oggetto di comunitarizzazione. Ad oggi la Danimarca non ha ripensato alla sua posizione né per l'uno né per l'altro regolamento sulle insolvenze, nessuno dei quali quindi si applica ad essa. I rapporti, pertanto, tra questo Paese e l'Italia,

³² Un quesito sostanzialmente analogo si era presentato in Italia nei primi tempi di applicazione del regolamento n. 1346: Trib. Lodi 27 settembre 2002, *Dam Italia*, in *Dir. fallim.*, 2005, II, 975, con nota di F. DIALTI, *Fallimento in Italia di sede secondaria di società già fallita all'estero*, ha ritenuto che quella secondaria potesse essere aperta anche se la procedura principale era iniziata prima dell'entrata in vigore del regolamento.

³³ Questa possibilità di una pragmatica interazione da un regolamento all'altro, al di là di una cronologia troppo formale, probabilmente, può trovare un certo appiglio in via analogica, e *mutatis mutandis*, nella sentenza della Corte di giustizia 5 luglio 2012, C-527/10, *ERSTE Bank Hungary Nyrt*, che ha ritenuto l'applicabilità del regolamento n. 1346 anche ad alcuni aspetti di una procedura ungherese, ancorché aperta prima del 1° maggio 2004, data di adesione dell'Ungheria all'Unione europea.

anche per quanto riguarda il diritto dell'insolvenza, mancando tra loro convenzioni bilaterali o multilaterali applicabili, rimangono affidati alle rispettive legislazioni nazionali, in particolare quelle di conflitto di leggi (per l'Italia, essenzialmente, la legge 31 maggio 1995, n. 218, «*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*» (c.d. «*Riforma*»)³⁴.

Quanto, poi, alle prospettive della futura continuità di applicazione del regolamento al Regno Unito, a seguito della *Brexit*, per ora si può solo attendere l'inizio delle trattative *ex art. 50 TUE*³⁵.

³⁴ Circa la quale, con riferimento alla problematica dell'insolvenza, si rinvia brevemente e in via generale a P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit.

³⁵ Sul punto v., brevemente, P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Brexit*, cit.

