

LA TRATTAZIONE CONGIUNTA DI ISTANZE LIQUIDATORIE E RICORSI PER SOLUZIONE NEGOZIATA NEL CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

JOINDER OF PROCEEDINGS, PRELIMINARY ARRANGEMENTS WITH CREDITORS AND LIQUIDATION IN THE CRISIS AND INSOLVENCY CODE

GIUSEPPE RANA

Presidente della Sezione fallimentare del Tribunale di Trani

Abstract: La riforma organica delle procedure concorsuali presenta quale importante novità un esplicito criterio di coordinamento tra forme di regolazione negoziale dell'insolvenza come il concordato preventivo e soluzioni liquidatorie. Il Codice della Crisi e dell'Insolvenza prevede ora la trattazione prioritaria delle prime, da realizzarsi però soltanto con lo strumento della riunione dei procedimenti. Tuttavia questa soluzione pone una serie di questioni teoriche e pratiche che riguardano, ad esempio, la modalità concreta di riunione tra procedimenti assai diversi per oggetto, natura, struttura e disciplina processuale, con le conseguenze in tema di autonomia dei procedimenti; le modalità di attuazione del contraddittorio; le modalità di trattazione e di istruzione dei procedimenti riuniti ed i poteri delle parti; la possibilità di utilizzare istituti classici del diritto processuale come la domanda riconvenzionale e l'intervento in causa. Anche in questa materia emerge in tutta la sua rilevanza la questione di fondo dell'applicazione al diritto concorsuale delle categorie tradizionali del codice di procedura civile, mentre è evidente l'impossibilità di realizzare un vero procedimento unitario per l'accesso alla regolazione processuale della crisi e dell'insolvenza.

Parole chiave: Codice della Crisi d'Impresa, concordato, fallimento, liquidazione giudiziale, procedimento unitario, coordinamento, trattazione, riunione, contraddittorio, istruttoria, intervento, riconvenzionale, prova, abuso, connessione, litisconsorzio.

One of the most important innovations that the organic reform of insolvency proceedings introduces is a new and explicit criterion established in order to coordinate, on the one hand, arrangements and composition agreements with creditors and, on the other hand, winding-up and liquidation. The Crisis and Insolvency Code now provides for a priority discussion on arrangements with creditors, to be realized solely through a consolidation of actions. However, such a solution entails several issues of both theoretical and practical nature: the problem of the actual system of consolidation of proceedings which might be extremely diverse as per object, nature, structure or procedural regime, thus implying further difficulties in terms of autonomy of proceedings; the effectiveness of the right of controverting among opposing parties; the way in which consolidated proceedings are examined and discussed before a court and the related powers of the parties; the operativity of legal institutions of the civil procedure such as reconventions or third party interventions. What emerges is the funda-

mental issue about the applicability of some traditional tools provided for by the Code of Civil Procedure in the field of insolvency proceedings; field in which, nonetheless, there is a clear impossibility to realize a true unitary system of access to procedural regulation of crisis and insolvency.

Keywords: Crisis and Insolvency Code, preliminary arrangements with creditors, bankruptcy, insolvency, winding-up, unitary proceeding, coordination, discussion, consolidation of actions, right of controverting, examination, third party intervention, reconvention, proof, abuse, connected actions, joinder of parties.

Sommario: 1. Alla ricerca di certezze: il coordinamento dei percorsi processuali di accesso alla regolazione dell'insolvenza. – 2. La riunione dei procedimenti: profili generali. – 3. Riunione dei procedimenti, diversità del rito e regime formale degli atti. – 4. La riunione dei procedimenti e la loro autonomia. – 5. Riunione dei procedimenti e contraddittorio. – 6. Poteri delle parti, condivisione del materiale assertivo e istruttorio dei procedimenti riuniti e oneri probatori. – 7. Riunione dei procedimenti e diversità di stato. – 8. La domanda riconvenzionale (di liquidazione giudiziale o di soluzione concordata) e l'intervento.

1. Alla ricerca di certezze: il coordinamento dei percorsi processuali di accesso alla regolazione dell'insolvenza

Mentre nella vigenza della legge fallimentare del 1942 dai più non si dubitava da parte della maggioranza dei commentatori che la proposizione della domanda di concordato preventivo rendesse il giudizio per dichiarazione di fallimento «improcedibile»¹, le riforme introdotte a partire dal 2005 hanno profondamente modificato il quadro di riferimento della materia di cui ci stiamo occupando.

È noto che sulla scorta di un filone della giurisprudenza di merito², degli orientamenti di legittimità³ e della dottrina⁴ emersero negli anni passati indicazioni che guardavano alla riunione dei procedimenti come allo strumento allo stesso tempo

¹D. TURRONI, *Il concorso a «progressione asimmetrica» tra concordato preventivo e istruttoria prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 1, p. 264; F. LAMANNA, *Retromarcia sul principio di prevenzione/prevalenza del concordato: come non detto, il principio ancora esiste*, in *Fallimentarista*, 20 maggio 2015.

²Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Fall.*, 2010, 195, con note di M. FABIANI e G.B. NARDECCHIA; *Foro it.*, 2010, I, c. 298, con nota di M. FABIANI. V. anche Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Fall.*, 2011, 1, p. 92 ss. con nota di F. ROLFI. Trib. Velletri, 18 settembre 2012, in *ilFallimentarista.it*, con nota di M. VITIELLO. Per la dottrina: F. LAMANNA, *Pre-concordato e procedura prefallimentare pendente: il termine minimo e l'oscuro riferimento al decreto dell'istanza di fallimento*, in *ilFallimentarista.it*; L. PANZANI, *Il concordato in bianco*, in *ilFallimentarista.it*.

³Si veda soprattutto la notissima Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro it.*, 2013, 5, I, p. 1534 con note di G. CARMELLINO, G. COSTANTINO, M. FABIANI, E. SCODITTI.

⁴Tra gli altri I. PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria prefallimentare*, in *Fall.*, 2013, 9, p. 1082, con ulteriori riferimenti.

più utile e tecnicamente più attendibile, almeno a certe condizioni, per assicurare il coordinamento tra procedure eterogenee.

Le ben note decisioni delle Sezioni Unite nel 2015⁵ affermarono, per quanto qui interessa, che tra la domanda di concordato preventivo e l'istanza di fallimento ricorre un rapporto di continenza, con conseguente riunione dei relativi procedimenti ai sensi dell'art. 273 c.p.c., se pendenti innanzi allo stesso giudice, ovvero applicazione delle disposizioni dettate dall'art. 39 c.p.c., 2° comma, in tema di continenza e competenza, se pendenti innanzi a giudici diversi⁶.

La vicenda della emanazione del Codice della Crisi e dell'Insolvenza dimostra che l'impostazione di una regolamentazione realmente, unitaria, organica e coordinata degli istituti processuali relativi ai vari percorsi di accesso alla soluzione della crisi di impresa appare operazione ardua, se non altro per le differenze di oggetto, natura e struttura dei singoli procedimenti in gioco. Di qui nasce il sostanziale abbandono, per riconosciuta impraticabilità, della primitiva opzione del Legislatore del CCII, tesa a creare un vero contenitore processuale unico; di qui anche il ritorno all'idea di ricorrere alle categorie ed agli istituti generali che più si avvicinano al mondo del diritto concorsuale, come la riunione dei procedimenti, mirando a soluzioni volte a limitare, nella pratica, le difficoltà di interpretazione e inquadramento.

Eppure la legge delega della riforma concorsuale prevedeva, accanto al noto apparato di misure di allerta e di prevenzione della crisi e dell'insolvenza, la disciplina (sul modello del diritto tedesco e spagnolo) di una procedura "unitaria" di accesso alla regolazione dell'insolvenza che sostituisse le previgenti e frammentarie discipline⁷ (art. 2, 1° comma, lett. d), modellato sulla prevalenza delle soluzioni nego-

⁵ Cass., Sez. Un., 15 maggio 2015, nn. 9934, 9935 e 9936, in *Foro it.*, 2015, 7-8, I, c. 2323, con nota di M. FABIANI; *Ifallimentarista.it*, 20 maggio 2015. Tra le pronunce recenti si segnala Cass. 20 febbraio 2020, n.4343, in *Dir. e Giust.*, 21 febbraio 2020, con nota di A. PAGANINI: quest'ultima esamina con speciale attenzione l'ipotesi della pendenza innanzi a giudici diversi.

⁶ Si ricordi che il meccanismo focalizzato dalle Sezioni Unite si fonda sulla presenza di un effetto impediente di natura processuale o, se si vuole, sulla individuazione di un presupposto processuale (o requisito della decisione sul merito) della decisione sul fallimento. L'effetto impediente ha però natura reversibile, atteso che in tutti i casi di caducazione del percorso concordatario prima dell'omologazione, si riespande pienamente il potere del tribunale di decidere sul fallimento. Non ha natura assoluta ma in qualche modo relativa, in quanto ad esempio può essere neutralizzato nei casi in cui si ravvisi un abuso dello strumento concordatario.

⁷ Il procedimento unitario di accesso rappresenta almeno nelle intenzioni una delle principali novità del Codice: per approfondimenti v. I. PAGNI, *L'accesso alle procedure di regolazione nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 5, p. 549; M. MONTANARI, *Il cosiddetto procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, *ibidem*, p. 563, anche per una puntuale cronologia della vicenda legislativa; ID., *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: profili generali e processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 1, p. 270; F. DE SANTIS, *Il processo c.d. unitario per la regolazione della crisi o dell'insolvenza, effetti virtuosi ed aporie sistematiche*, in *Fall.*, 2020, 2, p. 157; G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, p. 24 ss. Quanto alla

ziate (artt. 7 e 49 CCII) e sulla riunione delle diverse procedure al fine di assicurarne il coordinamento. Di tutto ciò è residuo nel Codice solo il principio di prevalenza delle soluzioni negoziate, da assicurarsi mediante la riunione dei procedimenti, sebbene vadano pur sempre registrati i vantaggi di economia rappresentati da un'unica istruttoria e il rafforzamento delle garanzie del contraddittorio che ne possono derivare⁸.

In fin dei conti traspare una certa continuità con quello che già era emerso negli ultimi anni, grazie soprattutto al complesso dibattito sfociato nei noti e già citati arresti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁹: con il vantaggio, tuttavia, di superare in un colpo molti dubbi¹⁰ che l'argomentare della Corte aveva suscitato

legge delega, v. S. DE MATTEIS, *I principi generali della legge delega in materia di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.* 2017, 6, p. 1300 ss.

⁸ La Relazione di accompagnamento della Commissione opportunamente osservava infatti che “il contenitore processuale unico agevola altresì la risoluzione dei problemi di coordinamento tra le molteplici procedure concorsuali attualmente in essere (fase prefallimentare, concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, dichiarazione di insolvenza degli imprenditori commerciali soggetti alle varie forme di amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa, accordi e liquidazioni dell'imprenditore non assoggettabile a fallimento nonché del debitore civile, accordi, piani e liquidazione del consumatore), con particolare riferimento alla frequente sovrapposizione tra procedura di concordato preventivo e procedimento per la dichiarazione di fallimento, in ordine alla quale si è pronunciata la Corte di cassazione nella sua più autorevole composizione. In linea con tale recente insegnamento giurisprudenziale e con i principi affermati nella Raccomandazione 2014/135/UE e nel Regolamento UE 2015/848, anche in ambito processuale dovrà perciò darsi, finché possibile ed avendo cura di scoraggiare comportamenti strumentali, la prevalenza agli strumenti negoziali di risoluzione della crisi d'impresa e di ristrutturazione rispetto a quelli meramente disgregatori”.

⁹ In questa operazione è possibile osservare una sorta di controtendenza rispetto a quella evoluzione storica che in questi anni ha visto spostarsi il baricentro della governance del processo civile da una legislazione processuale instabile e schizofrenica verso forme di regolazione giurisprudenziale e poi ancora di più verso attività di autoregolazione incentrate sulle comunità di pratica e quindi su protocolli concordati tra categorie di attori del processo, prassi virtuose ed altri strumenti di *soft law*. Secondo questa visione negli ultimi anni è possibile ricostruire una governance del processo civile italiano partendo dalla ricognizione delle regole che lo governano: fonti normative, giurisprudenza e fenomeni di autoregolazione (come gli osservatori della giustizia civile o i protocolli d'udienza), nonché dall'applicazione del processo civile telematico (PCT). Il tutto allo scopo di indicare in un moderno *ordo iudicarius*, frutto della collaborazione di tutte le figure di operatori della giustizia (magistrati, avvocati, funzionari di cancelleria, studiosi), la governance della giustizia e, quindi, le effettive regole che governano il processo civile. Nella vicenda in commento il processo che si riscontra nella costruzione normativa del principio di priorità/prevalenza appare invece inverso, in quanto da arresti giurisprudenziali particolarmente argomentati ed autorevoli si giunge ad una forma di regolazione “tradizionale” di rango normativo, nella prospettiva di superare definitivamente i dubbi interpretativi. Su queste questioni, se si vuole, si veda il mio *La governance del processo civile*, Roma, 2014.

¹⁰ V. tra i numerosi commenti, quello 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*, in *Fall.*, 2015, p. 908 ss., con ulteriori riferimenti, il quale riteneva trattarsi, più che di connessione in senso tecnico, di una forte (ancorché “atecnica”) “identità di questioni”, esigendo, in concreto, l'esplo-

nel muovere, per poter pervenire all'opzione della riunione, dalla premessa della sussistenza di un rapporto di continenza per specularità tra i diversi procedimenti contrapposti. Ora l'art. 7 CCII dispone che le specifiche "domande" di regolazione sono trattate in "unico procedimento" e che le domande sopravvenute sono "riunite" alle precedenti.

2. La riunione dei procedimenti: profili generali

Ciò detto, è bene chiarire subito che, non solo per l'eterogeneità dei percorsi in gioco, la riunione prevista dall'art. 7 CCII non ha poi molto a che fare con lo strumento previsto per il processo ordinario dagli artt. 273 e 274 c.p.c. Anzi, non manca chi sostiene che più che di riunione nel senso codicistico dovrebbe parlarsi semplicemente di *coordinamento* tra procedure, vista la profonda eterogeneità di quel che si vorrebbe appunto riunire¹¹: questa asserzione lascia però qualche dubbio perché presupporrebbe la negazione di tutto il lungo ed autorevole percorso argomentativo della dottrina e della giurisprudenza fondato sulla esclusione di rapporti di pregiudizialità tra i procedimenti e sull'affermazione, invece, della sussistenza di un rapporto di continenza per specularità, più che di litisconsorzio/connessione per identità di questioni. Inoltre, una riunione formale è pur sempre necessaria: se i procedimenti non si riuniscono, restano del tutto distinti e non si comprende, allora, una volta esclusa la sospensione del procedimento per pregiudizialità, in base a quale provvedimento formale si dovrebbe ricorrere per rinviare la decisione sul procedimento "prevenuto" se non a semplici rinvii interlocutori o al recupero di quelle formule ibride che nel tempo sono state abbandonate.

Indubbiamente, poi, il Codice evidenzia che la riunione non ha carattere discrezionale ma necessario, come si evince dal tenore dell'art. 7 CCII (*ogni domanda sopravvenuta è riunita alla prima*) e dal percorso argomentativo delle Sezioni Unite: dunque è sufficiente che siano proposte diverse domande di regolazione della crisi e/o dell'insolvenza.

razione delle caratteristiche della medesima crisi d'impresa e l'impossibilità di accedere alla liquidazione fallimentare se (e finché) sussistono i presupposti per il concordato preventivo. Secondo l'Autore sussiste invece l'ipotesi di cui all'art. 103, 1° comma, seconda parte c.p.c., laddove si ammette che più parti possano agire o essere convenute nello stesso processo, quando la decisione delle cause dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni. In quest'ultima ipotesi, l'abbinamento delle cause può avvenire anche per motivi del tutto estrinseci, se esse non abbiano neppure un elemento identificatore comune, e la parziale comunanza dell'iter motivatorio può attenersi sia a questioni di fatto che di diritto: ne consegue la riunione *ex art. 274 c.p.c.*, in quanto rimedio applicabile a qualsiasi ipotesi di connessione (artt. 31-40 c.p.c. senza necessità di un preciso e rigoroso inquadramento esplicito nella pregiudizialità-dipendenza, nell'incompatibilità, nella garanzia o altro).

¹¹ F. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 158.

La mancata riunione non ha però conseguenze dirette sul piano della validità degli atti o dei motivi di impugnazione. Potrebbe avvenire che, pur rispettando il criterio di priorità nella trattazione dell'istanza concordataria, non si proceda preventivamente ad alcuna riunione: anzi, mancando allo stato un'adeguata implementazione degli attuali sistemi informativi del PCT, questa è proprio l'ipotesi più frequente nella pratica. Tuttavia l'omessa riunione non determina alcuna nullità, né impedisce la dichiarazione di fallimento, quando il tribunale abbia già disposto la revoca dell'ammissione alla procedura concordataria, purché il debitore abbia avuto formale conoscenza dell'iniziativa per la sua dichiarazione di fallimento¹²: la formale riunione dei procedimenti, in generale, non è imposta dalla legge a pena di nullità e non è sindacabile in sede di legittimità in quanto espressione di una disposizione di natura ordinatoria.

3. Riunione dei procedimenti, diversità del rito e regime formale degli atti

L'approdo legislativo di cui agli artt. 7 e 49 CCII semplifica e risolve molti problemi (soprattutto teorici): può però sorgere il dubbio che se il giudice non debba più preoccuparsi della differenza tra oggetti, nature e strutture dei singoli procedimenti da riunire, debba ugualmente porsi la questione del rito profondamente differente tra loro, con le inevitabili conseguenze che emergono quando si affrontano gli "incroci pericolosi" di cui agli artt. 49, 44, 47 e 106 CCII (*ex* artt. 162 e 173 L. Fall.), ossia quando vi è da governare l'arresto critico o la mancata ammissione alla procedura concordata e la conseguente delibazione dell'istanza liquidatoria compresente.

Nella vigenza della legge fallimentare è stato sollevato in dottrina il problema della scelta delle forme da osservare nel compimento dei singoli atti, formulando l'ipotesi che occorresse "guardare all'oggetto e allo scopo propri del singolo atto, in modo che prevalga il regime più garantistico quando l'atto è utile a entrambe le azioni (concordataria e per dichiarazione di fallimento); e si applichi invece la disciplina propria della singola procedura per gli atti funzionali a questa soltanto"¹³.

Con il CCII la codificazione della riunione come strumento per garantire il *simultaneus processus* ripropone l'attualità della questione.

¹²Cass. 31 maggio 2019, n. 15094, in *Giust. civ. Mass.*, 2019. Con riguardo al processo ordinario Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2245, in *Giust. civ. Mass.*, 2015 e più recentemente Cass. 27 marzo 2019, n. 8446, in *Ilprocessocivile.it*, 14 maggio 2019, che muovono dalla premessa che l'impugnabilità dei provvedimenti giudiziali concerne soltanto quelli aventi contenuto decisorio.

¹³D. TURRONI, *Il concorso a «progressione asimmetrica» tra concordato preventivo e istruttoria prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 1, nota 38.

Non sembrava e non sembra utile il riferimento all'art. 40, 3° e 4° comma, c.p.c. atteso che queste disposizioni presuppongono e sembrano pensate per il caso che si debba scegliere tra due riti aventi quanto meno eguale oggetto e natura, sebbene tra loro non compatibili ed anzi confliggenti quanto alla disciplina: ad esempio per la diversa tipologia dell'atto introduttivo (citazione o ricorso), per il diverso regime delle preclusioni, per i limiti ai poteri officiosi del giudice, per la forma del provvedimento conclusivo e il suo regime di impugnazione.

Quello impostato dall'art. 7 CCII è invece un *simultaneus processus* con caratteristiche affatto diverse, laddove procedimenti assai eterogenei tra loro anche per oggetto e natura hanno una disciplina in parte uniforme ed in parte specifica, ma pur sempre un contesto unico di trattazione, istruzione e decisione ed un unico regime di impugnazione.

Muovendo dunque da questo nuovo quadro normativo è giusto chiedersi se l'ipotesi di lavoro formulata dalla dottrina nel vecchio regime e fondata sulla scelta della disciplina più garantista è ancora valida.

Può essere di primo orientamento la considerazione che a ben vedere la riunione concepita dall'art. 7 CCII non sembra imporre intrinsecamente una scelta assoluta e radicale tra un rito ed un altro, in quanto pensata quale strumento utile per poter da un lato governare efficacemente la priorità stabilite tra le singole procedure eterogenee e dall'altro per poter acquisire i vantaggi derivanti dalla condivisione degli atti e delle attività istruttorie da parte di tutti gli attori. Ciò significa che nella pratica non si verifica, di regola, alcuna sovrapposizione di attività né conflitti di disciplina degli atti processuali: l'istruttoria sulla domanda di liquidazione (peraltro quasi sempre documentale) viene di fatto sospesa in attesa dell'ammissione al concordato, dell'eventuale voto e della eventuale omologazione. Se tutto va come auspica il debitore, il riunito procedimento per l'apertura della liquidazione resta processualmente riassorbito con l'omologazione e non si verificano sovrapposizioni o incroci rilevanti. In più la disciplina del CCII regola in modo uniforme buona parte delle attività relative alle diverse procedure riunite mentre altre attività specifiche sono regolate ad hoc. Le attività non regolate specificamente, come ad esempio la consulenza tecnica, possono essere al più disciplinate in concreto attraverso l'ampio margine di flessibilità che il rito camerale attribuisce al giudice.

Invece sorge questione sul rito applicabile se per una qualche ragione la procedura negoziata non è ammessa o l'ammissione è revocata o se si verifica qualche altra ipotesi di arresto critico: l'impedimento processuale disegnato dagli artt. 7 e 49 cade e la legge prevede, come nel passato, una comparizione in camera di consiglio innanzi al collegio: ma con quali regole?

Ebbene, piuttosto che con riferimento al dipanarsi nella loro interezza dei procedimenti riuniti, è in questo ben delimitato contesto, probabilmente, che occorre fare una scelta radicale tra le regole del gioco di stampo contenzioso e quelle della giurisdizione volontaria, laddove nel vecchio regime normativo la questione era risolta

dalla giurisprudenza di legittimità¹⁴ adottando la formula del procedimento bifasico: una prima “fase”, volontaria e necessaria, in cui si delibava, ad esempio, la revoca dell’ammissione al concordato (con le relative regole processuali) ed una seconda, contenziosa ed eventuale, nella quale si decideva sulla coeva istanza liquidatoria, a sua volta governata dalle regole di cui all’art. 15 L. Fall., non a caso richiamate dall’art. 173 novellato.

Ebbene, con riferimento a questo specifico contesto, convince la ricostruzione della dottrina, secondo cui “la soggezione di domande tra loro connesse a riti differenziati non è causa di impedimento della riunione delle medesime, all’uopo, semplicemente, bastando sancire la prevalenza di uno di quei riti rispetto agli altri (si pensi, in luogo di ogni altro riferimento possibile, alla disciplina dell’art. 40 c.p.c.). Che poi, in fondo, è quello che accade già oggi, nel vigore della legge fallimentare, dove comunemente è ammessa la possibile confluenza delle domande di fallimento e di ammissione al concordato preventivo in un *simultaneus processus* dipanantesi secondo il rito di cui all’art. 15 L. Fall. Ed è altresì, presumibilmente, quello che accadrà domani, mutato quel che v’è da mutare”¹⁵.

Si impone però qualche precisazione.

Effettivamente in favore della prevalenza del rito applicabile alla domanda di apertura della liquidazione giudiziale, era apertamente orientata la Bozza Rordorf, alla luce della filosofia della legge delega e delle previsioni del relativo art. 48, 3° comma.

In realtà, a parte gli argomenti razionali che precedono, è proprio il testo degli artt. 44 e 47 CCII che milita nel senso che, una volta rilevata una delle situazioni critiche codificate dalla legge, occorre comunque e prima di tutto “sentire”, e quindi convocare, sia il debitore sia i creditori istanti ed entrambi, in un ambiente che a questo punto ha carattere contenzioso, potranno interloquire a sostegno della propria domanda e per contestare quella avversa.

Si consideri il dato letterale di cui all’art. 44, 2° comma: questo dispone che, ove emersa una delle situazioni critiche (comprese quelle di cui all’art. 106 che richiama espressamente l’art. 44), prima occorre ascoltare sia il creditore istante sia il debitore, omettendo ogni formalità non essenziale al *contraddittorio*; solo successivamente prevede i provvedimenti da adottare, primo tra tutti quello che definisce la vicenda concordataria e poi, per effetto del richiamo dell’art. 49, 1° comma, quello che decide sulla liquidazione. Non si vede quale altro senso potrebbe avere questa di-

¹⁴Cass. 31 maggio 2019, n. 15094, in *Dejure*, 2019.

¹⁵M. MONTANARI, *Il codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, cit., p. 283. L’Autore critica la diversa posizione di A. CARRATTA, *Il procedimento di apertura delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2019, p. 1076 ss., secondo il quale il principio di prioritaria trattazione delle domande di regolazione concordata della crisi sancisce la prevalenza, almeno finché non ne sia intervenuto il rigetto, del rito ad esse applicabile.

sposizione se non quello che anche la definizione della vicenda concordataria, quanto meno se coesiste con istanza contrapposta, prevede e porta con sé un contraddittorio (e quindi una situazione contenziosa), sebbene deformalizzato.

Insomma, visti gli argomenti letterali e poiché neppure le Sezioni Unite del 2015 dubitavano che tra le opposte domande vi fosse un rapporto di contrapposizione¹⁶, ossia di specularità, che giustifica la riunione, sarebbe contraddittorio ed illogico ammettere che, finché si discute dell'ammissione al concordato si applicano le norme processuali di questo e quindi vi è semplice interlocuzione tra commissario, collegio e debitore in ottica volontaria, mentre se e quando si deve discutere della liquidazione è concesso al creditore di aprire bocca ed al debitore vanno concesse le garanzie del contraddittorio; una simile dissociazione oltre che essere illogica appare contraria allo stesso testo normativo ed alla logica di contestualità che lega la norma stessa alla regola generale della riunione e della trattazione congiunta. Infatti la discussione in camera di consiglio è, per evidente disposizione di legge, contestuale ed a nulla può rilevare il fatto che da un punto di vista logico-giuridico occorre prima verificare l'eventuale caduta dell'impedimento processuale alla pronuncia sulla liquidazione.

Oltretutto fin dal primo momento, agevolato dalla riunione, il creditore istante potrebbe interloquire sull'ammissione, magari invocando un comportamento fraudolento dedotto con l'istanza di liquidazione anche prima e fuori della convocazione in camera di consiglio *ex art. 47*; per converso sin dall'inizio al debitore, che quindi va sempre convocato, deve essere correttamente contestata la ipotetica ragione di inammissibilità o di revoca dell'ammissione di altro arresto patologico e sin dal principio gli dovrebbe pervenire l'avvertimento che deve interloquire non solo su tale profilo ma anche per difendersi dall'istanza liquidatoria¹⁷.

A ciò si aggiunge un argomento di natura storica: nel precedente sistema la dottrina si è interrogata sull'effettiva portata del richiamo al rito prefallimentare previsto dall'art. 173, ponendo l'alternativa se tali "forme" siano richiamate al fine di introdurre nel procedimento di revoca del concordato le medesime garanzie processuali

¹⁶ Si veda anche Trib. Roma, 20 aprile 2010, in *www.ilcaso.it*, secondo cui in caso di contemporanea pendenza della procedura di concordato preventivo e di quella per dichiarazione di fallimento, così come, ai sensi dell'art. 15 L. Fall., deve essere data al debitore la possibilità di difendersi in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 1 e 5, allo stesso modo dovrà essere concessa ai creditori istanti o al pubblico ministero la possibilità di interloquire sulla domanda di concordato per dedurre eventuali ragioni di inammissibilità; solo in tal modo potrà essere attuato – secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata (artt. 24 e 11 Cost.) – un pieno contraddittorio tra le parti che fanno valere contrapposte pretese, fermo restando che al debitore spetterà comunque l'ultima difesa prima della decisione.

¹⁷ Benché, alla luce della giurisprudenza precedente, l'eventuale difetto di convocazione e di formale avvertimento non fosse considerato motivo di nullità della decisione ove al debitore fosse stata già notificata in precedenza la domanda di fallimento.

che sono proprie di un rito a cognizione sostanzialmente piena oppure soltanto al fine di assicurare una qualche disciplina processuale ad un procedimento che ne era precedentemente sguarnito. La risposta offerta dalla maggioranza degli studiosi è stata nel senso che il richiamo (letteralmente alle *forme* e non al *procedimento*) deve essere inteso nella direzione delle garanzie di un procedimento contenzioso e quindi fondamentalmente nel senso dell'applicazione del diritto alla prova ed al contraddittorio.

4. La riunione dei procedimenti e la loro autonomia

In pratica, nel vecchio e nel nuovo sistema, una volta proposta la prima domanda di accesso alla regolazione della crisi/insolvenza, non importa di quale genere, tutte le altre domande di regolazione proposte successivamente debbono essere riunite in unico fascicolo, restando così assorbiti e superati, almeno in gran parte, tutti i precedenti dubbi sulla possibile fonte normativa della riunione (artt. 273 o 274 c.p.c.).

Va anche precisato che il CCII e la legge fallimentare non si occupano espressamente del possibile cumulo originario di domande: si pensi alla proposizione di istanza dello stesso debitore per l'accesso al concordato, cumulata con una domanda subordinata di autofallimento/liquidazione giudiziale.

Oppure si pensi al caso di più creditori che domandano la liquidazione giudiziale.

In queste situazioni il richiamo più ovvio è alla disciplina di diritto comune degli artt. 103 e 104 c.p.c., salvo precisare che entra comunque in gioco la regola della priorità di trattazione delle soluzioni concordate rispetto alla liquidazione giudiziale.

La direttiva di cui all'art. 7 CCII dispone poi sia la riunione di successivi ricorsi omogenei (in pratica quelli di apertura della liquidazione provenienti da diversi creditori) sia di ricorsi eterogenei (ad esempio ricorso per liquidazione e ricorso con riserva per concordato).

La prima questione (dalla cui soluzione discendono ulteriori conseguenze) che sorge è se la riunione necessaria lasci intatta l'autonomia dei singoli procedimenti contrapposti, laddove nel processo ordinario, secondo l'opinione oggi prevalente, la riunione di cause separatamente promosse (in particolare quelle di cui all'art. 274 c.p.c.) non realizza una fusione dei procedimenti, tale da determinare il loro concorso nella definizione del *thema decidendum et probandum*, ma, al contrario, lascia intatta l'autonomia delle cause, e la sentenza che le decide contemporaneamente – pur essendo formalmente unica – si risolve in altrettante pronunce quante sono le cause decise¹⁸.

La profonda diversità di oggetto, natura e struttura dei procedimenti da riunione potrebbe costituire un argomento ulteriore per ribadire e rafforzare anche nella ma-

¹⁸ Cass. 7 marzo 2016, n. 4446, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Procedimento civile*, n. 328, che richiama Cass. 10 luglio 2014, n. 15860, in *Giust. civ. Mass.*, 2014.

teria concorsuale il principio dell'autonomia delle procedure e dunque anche della natura complessa della decisione: anzi, *delle* decisioni, visto che dagli artt. 44, 2° comma, 47, 3° comma e 49 emerge una divaricazione formale (sentenza e decreto) della decisione sui differenti e riuniti percorsi processuali.

Appare necessario, tuttavia, procedere alle opportune verifiche di questa premessa e trarre le opportune conseguenze in due direzioni, peraltro complementari tra loro: da un lato l'individuazione dei corretti meccanismi di instaurazione e svolgimento del contraddittorio tra le parti; dall'altro l'individuazione del corretto svolgimento dell'attività istruttoria.

5. Riunione dei procedimenti e contraddittorio

Si consideri intanto che una forma di trattazione unitaria opera in realtà già dall'origine nella vigenza della legge fallimentare quando si tratta di separate istanze di fallimento di più creditori verso lo stesso debitore: diverso è il caso di riunione di domande eterogenee (ad esempio per liquidazione e per concordato). Qui, una volta che debba operare il meccanismo di verifica della caduta dell'impedimento processuale all'apertura della liquidazione di cui all'art. 49 CCII, sorge una delicata questione sulla tecnica di attuazione del contraddittorio, tanto più importante in quanto le regole da applicare nei casi di incrocio *ex art. 49* sono, come abbiamo visto, quelle contenziose.

Ebbene, la precedente e piuttosto restrittiva giurisprudenza di legittimità, che addirittura tendeva a ritenere non necessaria, ai fini della dichiarazione di fallimento, una nuova e formale convocazione del debitore (cui sia stata già notificata in precedenza l'istanza di fallimento) nella camera di consiglio *ex art. 162 L. Fall.*, merita, con il CCII, una qualche precisazione¹⁹.

A parte il dettato normativo più chiaro, che come vedremo sembra mettere in relazione l'audizione del debitore tanto con la delibazione della caducazione del concordato quanto con la discussione sull'apertura della liquidazione, il debitore po-

¹⁹La passata giurisprudenza (tra le altre Cass. 18 dicembre 2015, n. 25587, in *Giust. civ. Mass.*, 2015), ha costantemente ritenuto che la declaratoria di fallimento, qualora faccia seguito alla pronuncia di inammissibilità di una proposta di concordato preventivo – depositata in pendenza un ricorso prefallimentare ad essa riunito e successivamente notificato – non richiede ulteriori adempimenti procedurali, ivi compresa la preventiva audizione del debitore, inquadrandosi in una procedura unitaria, nella quale quest'ultimo ha già formalizzato il rapporto processuale innanzi al tribunale ed il cui eventuale sbocco nella dichiarazione di fallimento gli è noto fin dal momento della presentazione della domanda concordataria, sicché lo stesso, per effetto di quella riunione, è posto nelle condizioni di predisporre i mezzi di difesa più adeguati sia in ordine all'ammissibilità della proposta, che per contrastare la richiesta di fallimento.

trebbe dolersi del fatto che, essendosi nel frattempo incentrata l'attività istruttoria e difensiva nella trattazione prioritaria della domanda negoziale, il suo diritto di difesa avverso l'istanza di liquidazione giudiziale potrebbe risulterne in qualche modo compromesso laddove, caduto il concordato, si passa direttamente e contestualmente alla delibazione dell'istanza fallimentare: del resto è noto che nella prassi forense si riscontra di frequente un'eccessiva enfattizzazione delle difese del debitore volte a sostenere l'iniziativa concordataria a scapito di quelle destinate a contrastare l'avversa iniziativa liquidatoria, spesso relegate in poche righe di stile.

Potrebbe poi avvenire che, pur avendo il debitore ricevuto formale notifica, in precedenza, dell'istanza di liquidazione, abbia necessità, a distanza di tempo, di dedurre fatti nuovi quali ad esempio un sopravvenuto ridimensionamento della crisi, la sopravvenuta soddisfazione del creditore ricorrente o comunque la desistenza di quest'ultimo. Per converso la mancanza di una apposita istruttoria sull'apertura della liquidazione (nel frattempo congelata) non preclude di per sé al debitore l'espletamento dei mezzi di difesa più adeguati al caso, tenuto conto delle esigenze proprie dei procedimenti concorsuali (presentazione di memorie, istanze di convocazione personale e simili), per contrastare l'eventuale richiesta di fallimento²⁰. In ogni caso spetta al tribunale, in base ai principi, consentire sempre in concreto l'opportuna esplicazione del diritto di difesa.

Ma anche la parte ricorrente per la liquidazione, pubblica o privata, potrebbe avere interesse a far constatare fatti sopravvenuti, quali ad esempio un aggravamento della crisi e la sua evoluzione verso l'insolvenza: a questo proposito la S.C. ha ritenuto²¹ che debba procedersi a nuova convocazione del debitore, nell'ipotesi in cui la parte pubblica adduca a dimostrazione dello stato di insolvenza elementi ulteriori rispetto a quelli già acquisiti al procedimento.

Per questa ipotesi si dovrebbe però considerare che l'eventuale reclamo potrebbe denunciare non l'astratta possibilità, bensì solo il concreto apporto di tali elementi ulteriori, per giustificare la necessità di costituire il contraddittorio al riguardo: resta buona regola, ad ogni buon conto, convocare sempre il debitore in camera di consiglio quando è pendente coeva istanza liquidatoria, come del resto è la prassi dei tribunali.

Sempre riguardo alle formalità di convocazione in camera di consiglio, non è più previsto l'avvertimento di cui all'art. 15, 4° comma, L. Fall. Tuttavia è giusto domandarsi se, sempre che il debitore sia stato attinto in precedenza da separato ricorso per liquidazione, debbano applicarsi il 2°, 3° e 4° comma dell'art. 41. In realtà, così come avviene per il rinvio all'art. 15 contenuto nell'art. 173 L. Fall., anche quello implicito all'art. 41 CCII va inteso nello stesso modo, ossia nei limiti, ovvi e

²⁰ Cass. 6 maggio 2014, n. 9730, cit.

²¹ Cass. 21 aprile 2016, n. 8100, in *Ifallimentarista.it*, 10 maggio 2016.

necessitati dalla diversità di situazioni, della compatibilità. Il contraddittorio tra creditore istante e debitore si è già instaurato, cosicché quest'ultimo è già a conoscenza della necessità di preparare la propria difesa anche in relazione alla possibile dichiarazione di fallimento, di cui la revoca del concordato costituisce uno dei presupposti.

Come già detto, poi, la natura contenziosa e complessa della comparizione in camera di consiglio suggerisce che al debitore da convocare sia impartito, pur in mancanza di un precetto di legge, l'avvertimento che deve interloquire non solo sul profilo concordatario ma anche per difendersi dall'istanza liquidatoria e che gli sia assegnato un termine per memorie.

6. Poteri delle parti, condivisione del materiale assertivo e istruttorio dei procedimenti riuniti e oneri probatori

Quanto agli effetti della trattazione unitaria sullo svolgimento corretto dell'istruttoria, si impongono alcune considerazioni generali.

È giusto ricordare che le stesse Sezioni Unite del 2015 hanno ritenuto, sulla scorta di conformi orientamenti, che “la riunione delle procedure comporta non solo la fruibilità in ciascuna procedura del materiale probatorio raccolto nell'altra, ma anche lo svolgimento di un pieno contraddittorio tra le parti in ordine ai presupposti oggettivi e soggettivi di entrambe le procedure concorsuali, garantendo il diritto di difesa del debitore”. Anche la dottrina²², all'indomani della nota decisione della Corte, ha ritenuto che la trattazione congiunta dei procedimenti deve servire a realizzare una visione di insieme da un lato delle asserzioni e dei documenti in base ai quali il debitore prospetta il soddisfacimento dei creditori e, dall'altro, delle analoghe prospettazioni e prove dei creditori che hanno fatto istanza per la dichiarazione di fallimento.

Sulla scorta di ciò, già nell'impero della legge fallimentare si potrebbe ritenere che il tribunale può considerare contemporaneamente il fascicolo del concordato e quello del fallimento, esaminando, anche su sollecitazione di parte, tutti i profili ri-

²²I. PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria prefallimentare dopo le Sezioni unite del maggio 2015*, in *Fall.*, 2015, 8-9, p. 933. Conforme: Cass. 1° ottobre 2004, n. 19652; Cass. 15 giugno 1985, n. 3602. Si veda anche M. FABIANI, *Un chiarimento sui rapporti fra procedimento per dichiarazione di fallimento e per l'ammissione al concordato*, in *Fall.*, 2014, 6, p. 651, secondo il quale quando il giudice si trova a dover decidere simultaneamente sulla domanda di concordato e sulla domanda di fallimento, pur dovendo dare priorità alla prima, potrà decidere su di essa anche con le conoscenze acquisite con la domanda di fallimento e la domanda di fallimento potrebbe contenere allegazioni idonee a giustificare una dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato. V. anche G.B. NARDECCHIA, nella stessa *Rivista*, 2011, p. 1452.

messi al proprio sindacato tali da far caducare la procedura concordataria utilizzando tutti gli elementi forniti dall'attestazione, dai creditori istanti, dal (pre)commisario e, infine, dai creditori oppositori in sede di omologa: si pensi come già detto ai comportamenti scorretti del debitore evidenziati già nel ricorso per liquidazione i quali assurgerebbero a fatti impeditivi, dedotti in via di eccezione, dell'ammissione al concordato.

Sotto altro aspetto, come detto, la dottrina²³ ritiene che nel caso di unificazione dei procedimenti deve riconoscersi ai creditori che chiedono il fallimento la legittimazione a partecipare e interloquire nella fase di ammissione al concordato, sia pure senza poteri di impulso processuale.

Quanto ai creditori generici (ossia non ricorrenti per il fallimento/liquidazione), con riguardo alla fase di revoca dell'ammissione ex art. 173 L. Fall., la giurisprudenza²⁴ ha ritenuto che i creditori concordatari non sono portatori di un interesse immediato e diretto che possa far loro assumere la qualifica di litisconsorti necessari, neppure nella fase che conduce all'eventuale dichiarazione di fallimento, non avendo essi un diritto al fallimento (o al mancato fallimento) del proprio debitore, sicché la comunicazione prevista, nei loro confronti, dall'art. 173, 1° comma, L. Fall. si attegga a semplice *litis denuntiatio*, volta a consentirne la loro volontaria partecipazione all'udienza; l'omissione di questa comunicazione comporta non già una nullità assoluta ed insanabile, ma solo una nullità relativa della prima fase del subprocedimento di revoca che, non ripercuotendosi sull'eventuale fase successiva, non è causa di nullità della sentenza dichiarativa di fallimento. Dunque l'eventuale mancata comunicazione dell'avvio del subprocedimento di cui all'art. 173 L. Fall. non solo non inficia la dichiarazione di insolvenza, ma non può essere neppure oggetto di doglianza da parte del debitore, trattandosi di nullità relativa la cui deduzione è riservata ai titolari dello specifico interesse, cioè ai creditori non avvisati.

In definitiva uno degli effetti, per così dire, naturali della riunione è che il materiale probatorio acquisito per impulso di parte o per attività officiosa del tribunale resta disponibile, in linea di principio, a favore o contro tutte le parti dei procedimenti riuniti, che ne faranno l'uso più consono a sostenere le rispettive posizioni. Dunque, come avviene frequentemente, si potrà decidere sulla domanda di liquidazione/fallimento utilizzando le conoscenze acquisite dall'esame della domanda di concordato, e, viceversa, la domanda di liquidazione può contenere allegazioni idonee a giustificare la dichiarazione di inammissibilità o la revoca della domanda di concordato, ipotizzando al limite che i fatti dedotti nella domanda di fallimento potrebbero qualificarsi come fatti impeditivi dell'accoglimento della domanda di concordato.

²³ M. FERRO, Sub art. 162, in *La legge fallimentare*, Milano, 2014, p. 2196.

²⁴ Cass. 31 maggio 2019, n. 15094, in *Giust. civ. Mass.*, 2019.

Tuttavia, si è sempre ritenuto in giurisprudenza, relativamente al processo ordinario di cognizione, che il materiale probatorio raccolto nelle diverse cause non può incidere sulle altre, dovendo essere valutato autonomamente in riferimento alla causa per la quale è stato prodotto. Inoltre se in un procedimento una delle parti era rimasta contumace, le regole del processo contumaciale non si estendono alle altre cause riunite; la posizione di attore o convenuto assunta dalle parti rimane inalterata; si determina l'unificazione degli atti del giudice, poiché gli atti compiuti da quest'ultimo nonché la documentazione, il verbale ed il fascicolo d'ufficio si uniscono; la sentenza, formalmente unica, andrà a decidere su tutti i rapporti giuridici sottoposti a giudizio, risolvendosi in altrettante pronunce quante sono le cause decise.

Sembra necessario, in particolare, fare i conti con quella consolidata giurisprudenza in materia di processo ordinario di cognizione che in passato ha ritenuto che, in caso di riunione, non si verifica alcuna fusione degli elementi di giudizio e delle prove acquisite nell'una o nell'altra causa per cui, ad esempio, le prove acquisite in una causa non possono essere utilizzate nell'altra esonerando la parte dal relativo onere probatorio, ma ciascuna causa deve essere decisa in base alle deduzioni e prove in essa proposte secondo la ripartizione dei relativi oneri²⁵. Ciò con l'ovvia finalità di impedire l'aggiramento delle regole di scansione del processo con l'instaurazione di processi paralleli di cui chiedere poi la riunione.

Tornando al nostro tema potrebbe allora sorgere la necessità di fare chiarezza, tenendo ben presente che le regole di riferimento sono quelle contenziose di cui all'apertura della liquidazione. Applicando dunque un punto di vista rigoristico, si potrebbe arrivare a concludere che se il ricorrente per la liquidazione non ha provato o chiesto di provare o al limite neppure dedotto la propria legittimazione o l'insolvenza del debitore, l'una e l'altra non potrebbero essere ritenute dal giudice in base alle asserzioni ed agli elementi istruttori (in genere documentali) offerti dal debitore nel riunito procedimento concordatario attraverso i documenti obbligatori da prodursi a carico del ricorrente (tra cui naturalmente i bilanci), le relazioni del commissario, le relazioni periodiche del debitore ed altro.

Qualche problema potrebbe sorgere anche con riguardo all'ipotesi non infrequente di P.M. intervenuto nel procedimento che, caduto il concordato per inammissibilità e in mancanza di ricorso per liquidazione da parte di un privato, ritenga di denunciare l'insolvenza e chiedere al tribunale l'apertura della liquidazione, senza aver provato o chiesto di provare alcunché ma rifacendosi soltanto alle risultanze della documentazione concordataria.

In altre parole, poiché nel procedimento opera, anche in ambiente di trattazione congiunta, la logica del contenzioso e quindi dell'onere della prova e del diritto al contraddittorio, è giusto verificare fino a che punto ed in quale modo del regole del

²⁵ Cfr. tuttavia Cass. 12 gennaio 2010, n. 259, in *Guida dir.*, 2010, 26, p. 96. V. anche Cass. 8 febbraio 2006, n. 2664, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 5.

gioco contenzioso trovano applicazione coinvolgendo anche le acquisizioni documentali della procedura per regolazione concordata, dove le produzioni e le attività istruttorie in genere non servono a dimostrare i fatti costitutivi di un diritto ma piuttosto a fornire gli elementi affinché il tribunale compia le proprie verifiche ai fini dell'omologazione, nel quadro di una struttura non contenziosa.

Ebbene, la riflessione potrebbe essere risolta semplicemente ragionando sul fatto che, pur trattandosi di procedimenti riuniti la cui trattazione congiunta risponde alle regole del contenzioso, vuoi la disciplina dell'art. 41 CCII vuoi le regole del c.p.c. in materia di riunione dei procedimenti rispondono ad una inevitabile ed immanente clausola di *compatibilità*.

Dunque non è dato qui applicare meccanicamente e per intero la categoria e la disciplina della riunione codicistica, dovendosi trattare congiuntamente, ed a fini precipui di coordinamento, procedimenti profondamente diversi per oggetto, natura e struttura: viene meno così ogni necessità di adattare alla bisogna lo statuto di autonomia delle cause riunite ai sensi del c.p.c. e delle rispettive attività istruttorie, statuto costruito dalla giurisprudenza a ben altri fini che non quello del governo della eterogeneità ontologica procedimenti.

Lo stesso vale per il contraddittorio e quindi per gli oneri assertivi e probatori delle parti.

In ogni caso, fermi restando gli oneri assertivi del creditore prefallimentare, anche il carattere meramente documentale del materiale acquisito in sede di istruzione concordataria potrebbe risultare dirimente al fine di affermare la libera navigabilità, anche a fini di dichiarazione di apertura della liquidazione, del materiale istruttorio complessivamente acquisito.

Si potrebbero comunque indicare ulteriori argomenti, quale la nota giurisprudenza della Suprema Corte in materia di valutazione delle prove acquisite in altro procedimento²⁶, i principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo nonché i poteri officiosi del giudice nel procedimento per fallimento/liquidazione ed in quello di concordato. Infatti, dal combinato disposto dell'art. 41 ultimo comma e art. 42 CCII nonché art. 738 c.p.c. si evince l'operatività di un ampio ventaglio di poteri officiosi del tribunale²⁷, così come si può ritenere che nelle valutazioni attinenti all'ammissione al concordato vi è l'interesse del creditore istante a partecipare all'udienza di delibazione dell'ammissione al concordato, trattandosi di un procedimento camerale nel quale può intervenire chiunque dimostri di avere un

²⁶ Cass. 10 ottobre 2018, n. 25067, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.

²⁷ La dottrina maggioritaria ritiene che il procedimento di cui all'art. 15 L. Fall., oggi sovrapponibile a quello di cui all'art. 41 CCII, è caratterizzato dal principio inquisitorio, sebbene esso debba essere attuato in modo compatibile con il contraddittorio, applicandosi ad esempio l'art. 183, 8° comma, c.p.c. in tema di mezzi di prova disposti di ufficio. In giurisprudenza si veda Cass. 28 maggio 2010, n. 13086, in *Fall.*, 2010, 11, p. 1261, con nota di F. DE SANTIS.

concreto interesse in quanto potenziale destinatario del provvedimento chiesto; si deve poi osservare che il tribunale ha, comunque, il potere di sentire chiunque a sommarie informazioni oltre che di interrogare liberamente le parti.

Vi è poi da considerare che anche in materia concorsuale opera il principio generale di acquisizione processuale, in forza del quale le risultanze istruttorie comunque ottenute, e quale che sia la parte a iniziativa o a istanza della quale siano formate, concorrono tutte indistintamente alla formazione del convincimento del giudice²⁸.

Si può dunque arrivare a concludere che la condivisione del materiale documentale e comunque probatorio, seppure subordinata alla garanzia del contraddittorio, è uno degli effetti virtuosi della riunione, potenziato anche dal fatto che grazie alla tecnologia del processo civile telematico tutte le parti costituite possono avere accesso da remoto al fascicolo unificato e seguirne tutti gli eventi oltre che leggere il materiale documentale e difensivo acquisito. Naturalmente, tutto ciò tenendo presente che i principi generali del processo e la tutela del diritto di difesa e del contraddittorio vanno sempre tutelati, sebbene, come si è detto, in una modalità concreta che sia consona alla particolarità di un contesto in cui vengono trattati simultaneamente, e con una tecnica almeno in parte pubblicistica ed inquisitoria, procedimenti profondamente diversi tra loro per oggetto, natura, struttura e disciplina specifica.

7. Riunione dei procedimenti e diversità di stato

Può succedere che, istruito il ricorso per liquidazione giudiziale, eventualmente anche con assunzione di informazioni o con CTU o magari anche solo con le acquisizioni documentali minime, sopraggiunga un ricorso per soluzione concordata.

Al contrario, potrebbe avvenire che, istruito in gran parte o del tutto il procedimento per soluzione concordata (ad esempio al momento in cui sono esaurite le operazioni di voto o nel corso del giudizio di omologazione), sopravvenga una (o più di una) domanda di liquidazione giudiziale.

A ben vedere, in queste situazioni, le questioni teoriche e pratiche da risolvere sono almeno due: la decisione circa la riunione dei procedimenti (di ufficio o su sollecitazione di una parte) e la decisione circa l'attuazione concreta della prevista priorità di trattazione del ricorso per soluzione concordata.

Nel processo ordinario di cognizione è da tempo consolidata la giurisprudenza di legittimità secondo cui nel caso in cui tra due procedimenti, pendenti dinanzi al medesimo ufficio o a sezioni diverse del medesimo ufficio, esista un rapporto di identità o di connessione, il giudice del procedimento pregiudicato non può adottare

²⁸ Da ultimo Cass. 5 marzo 2019, n. 6310, in *Guida dir.*, 2019, 32, p. 56.

un provvedimento di sospensione *ex art.* 295 c.p.c., ma deve rimettere gli atti al capo dell'ufficio, secondo le previsioni degli artt. 273 o 274 c.p.c., *a meno che il diverso stato in cui si trovano i due procedimenti non ne precluda la riunione*²⁹. In sostanza la S.C. ha sempre affermato che la diversità di stato non è di per sé ostativa alla riunione ma è oggetto di una valutazione discrezionale a tal fine, salvo poi governare in concreto la conciliazione delle diverse istruttorie.

Mi sembra però che nella situazione in cui il ricorso concordatario o per fallimento/liquidazione giudiziale depositati rispettivamente in una situazione di avanzato stato del procedimento contrapposto, la diversità di stato abbia una connotazione del tutto diversa dal processo ordinario, atteso che da un lato, come già detto più volte, i procedimenti in gioco sono assai diversi per oggetto, natura e struttura; dall'altro l'istruttoria dell'apertura della liquidazione è in genere (e deve essere) piuttosto celere, così come del resto lo è anche l'istruttoria della omologazione del concordato o degli accordi di ristrutturazione. Non dimentichiamo che si tratta pur sempre di una riunione *sui generis*.

Ne consegue che la riunione, non solo in virtù dei principi ma anche in virtù della perentorietà del disposto dell'art. 7 CCII, sembra fisiologica da un lato e inevitabile dall'altro in qualunque caso, a parte probabilmente situazioni limite come quella in cui il secondo ricorso è depositato quando il collegio è già investito, secondo i casi, della decisione sulla omologazione del concordato (per essersi già riservato di decidere) o sull'apertura della liquidazione (per avere già il giudice delegato disposto la chiusura dell'istruttoria e la rimessione al collegio).

In queste situazioni, rare ma non impossibili, occorre valutare con molto rigore se il provvedimento da adottarsi possa essere ancora quello della riunione, pensando soprattutto all'ipotesi di ricorso concordatario depositato quando il giudice delegato all'istruttoria prefallimentare si sia già riservato di riferire al collegio³⁰. La problematica in questione evoca quella dell'abuso concordatario, che qui non vi è spazio per affrontare: basterà dire che la S.C. si è occupata della questione, ad esempio, quando ha affrontato il caso in cui il debitore, nonostante la possibilità concessagli di integrare e modificare la proposta concordataria iniziale, abbia depositato una seconda domanda di concordato dopo la deliberazione della sentenza dichiarativa di fallimento, ma prima della sua pubblicazione³¹.

²⁹ Tra le tante Cass. 30 ottobre 2015, n. 22292, in *Dir. e Giust.*, 2 novembre 2015.

³⁰ Di contrario avviso parrebbe, con riferimento al processo ordinario, Cass. 17 settembre 2015, n. 18286, in *Giust. civ. Mass.*, 2015.

³¹ Cass. 26 novembre 2018, n. 30539, in *Giust. civ. Mass.*, 2019. V. anche Cass. 24 agosto 2016, n.1729, in *Ifallimentarista.it*, 8 settembre 2016.

8. La domanda riconvenzionale (di liquidazione giudiziale o di soluzione concordata) e l'intervento

Negli originari artt. 44 ss. dello schema di decreto delegato del Codice l'originaria idea di un autentico unico contenitore processuale risultava già di molto attenuata rispetto ai primi approcci, in quanto la convergenza delle diverse istanze nell'unico contenitore doveva attuarsi per effetto di interventi *ex art.* 105 c.p.c. (ora consentiti espressamente solo nel caso di cui all'art. 41, 5° comma, da soggetti legittimati all'iniziativa e del P.M.) o della domanda riconvenzionale concordataria/di ristrutturazione dei debiti proposta dal debitore attinto da istanza di liquidazione giudiziale. In sostanza, non si è più attuato quel meccanismo secondo cui il contenitore unico doveva operare, oltre che per effetto delle possibili riunioni, soprattutto con gli strumenti della comparsa di costituzione o di intervento spiegata in presenza di iniziative altrui.

Occorre a questo punto valutare quale spazio possano tuttora avere due strumenti classici del diritto e della prassi processuale come appunto la domanda riconvenzionale e l'intervento in causa, considerando ancora una volta, sullo sfondo, tutti i consueti problemi di compatibilità tra istituti del diritto processuale comune e diritto concorsuale.

Quanto alla prima, sembra opportuno ricordare che sotto l'impero della legge fallimentare è raro, ma non impossibile, che all'udienza convocata per l'istruttoria prefallimentare il debitore presenti domanda per concordato, eventualmente dopo aver ottenuto un rinvio a tale scopo³².

Se dovesse essere confermato anche per il futuro un qualche trattamento fiscale favorevole per la domanda riconvenzionale rispetto all'iscrizione a ruolo in via principale, è possibile che questa tecnica riceva un incentivo, sempre che sia compatibile con le piattaforme PCT ministeriali.

Valendo con il Codice la regola del *simultaneus processus* tra domande tra loro anche contrapposte, non si vede alcun ostacolo di principio affinché, anziché proporre separatamente domanda di liquidazione a fronte di una domanda di concordato – o quest'ultima a fronte di una già proposta domanda di liquidazione – (per poi procedere alla riunione), la domanda contrapposta sia instaurata con la costituzione di chi è evocato nel primo procedimento: appunto come si opera di solito per la domanda *ex artt.* 36 e 167 c.p.c. Tanto più che da tempo la S.C. è orientata nel senso che la relazione tra domanda principale e domanda riconvenzionale, ai fini dell'ammissibilità di quest'ultima, non va intesa in senso restrittivo (nel senso che entrambe deb-

³²Di una fattispecie di questa fatta si era interessata Cass. 27 maggio 2013, n. 13083, in *Dir. e Giust. online*, 28 maggio 2013, con nota di V. PAPAGNI. Si intende che a tal fine non è concepibile un diritto del debitore di ottenere il rinvio.

bano dipendere da un unico ed identico titolo) essendo, invece, sufficiente che fra le contrapposte pretese sia ravvisabile un collegamento obiettivo, tale da rendere consigliabile ed opportuna la celebrazione del *simultaneus processus*, a fini di economia processuale ed in applicazione del principio del giusto processo di cui all'art. 111, 1° comma, Cost.³³.

D'altra parte, non ha nessun rilievo concreto il domandarsi se si tratta di una riconvenzionale nel senso stretto del termine e se essa sia inquadrabile nello schema della pregiudizialità-dipendenza, dell'incompatibilità (come forse sarebbe giusto nel caso di specie) ovvero di compatibilità. Né sorgono in concreto questioni di tempestività della domanda, non essendo tra l'altro in gioco preclusioni di sorta.

Può invece avere un senso porsi qualche interrogativo sulla possibilità di una domanda riconvenzionale subordinata, come nel caso del debitore che si costituisca per contrastare una domanda di fallimento/liquidazione, negando uno dei presupposti della declaratoria, e nel contempo, solo per il caso in cui venga ritenuto dal giudice quel presupposto (per esempio la qualità di imprenditore commerciale), proponga domanda di concordato, eventualmente con riserva. Va precisato che questa tecnica di subordinazione non coincide con quella "classica" in cui l'accoglimento della domanda riconvenzionale è subordinato non al rigetto di un'eccezione sollevata dal convenuto nella causa principale ma all'accoglimento della medesima domanda principale³⁴.

Tuttavia l'ordine logico-giuridico di trattazione delle domande contrapposte di regolazione della crisi/insolvenza è, tanto secondo il Codice quanto secondo l'interpretazione della legge fallimentare, rigidamente prestabilito e risponde a scelte di natura pubblicistica non derogabili dalle parti: ne consegue che ogni forma di "subordinazione" articolata dalla parte ma non in linea con questo schema potrebbe pertanto rendere di per sé inammissibile la domanda stessa. Ciò per non dire che proprio la natura oggettivamente preventiva del concordato ne risulterebbe snaturata. Inoltre viene in rilievo il possibile carattere abusivo di una domanda riconvenzionale così posta, atteso che il ricorso per soluzione concordata presuppone proprio fisiologicamente l'affermazione e la documentazione di taluni requisiti di fatto, come la sussistenza dei parametri dimensionali dell'impresa, che non possono essere contemporaneamente negati (nel medesimo *simultaneus processus*) senza suscitare

³³ Tra le altre, Cass. 20 dicembre 2011, n. 27564, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 12, p. 1793, in tema di rapporto tra domanda principale di rilascio per finita locazione e domanda riconvenzionale di accertamento dell'avvenuta conclusione di contratto di compravendita dell'immobile locato, in conseguenza dell'accettazione di proposta contenuta in un patto d'opzione.

³⁴ Cass. 21 dicembre 2018, n. 33361, in *Guida dir.*, 2019, 10, p. 61, in cui la S.C. ha ritenuto che proposta dal convenuto domanda riconvenzionale subordinata all'accoglimento di quella principale dell'attore, è viziata da ultrapetizione la decisione con cui il giudice, respinta la domanda principale, pronuncia anche sulla riconvenzionale, rigettandola.

il sospetto che si voglia solo dilazionare l'apertura della liquidazione. Né sembra potersi dubitare, per il futuro, che una condotta siffatta sarebbe in contrasto con i doveri del debitore di cui all'art. 4, 2° comma, lett. a) e b), CCII.

Per analoghi motivi la domanda di liquidazione giudiziale proposta in pendenza di ricorso per soluzione concordata è ontologicamente e sempre posposta al rigetto di quest'ultima e pertanto è, per così dire, subordinata *ex lege*. Non così per la domanda di regolazione concordata che, invece, gode simmetricamente di una priorità legale.

D'altro canto, la originaria opzione legislativa per la flessibilità degli esiti del procedimento e la conversione automatica dell'iniziale percorso a seconda degli esiti dell'accertamento dei relativi presupposti non ha trovato più esito nel testo definitivo del CCII³⁵, la cui disciplina prevede ora una domanda formale ed apposita per avviare uno qualunque dei percorsi da riunire. Non è dunque più ipotizzabile, con il testo definitivo, una conversione automatica della domanda concordataria in esito liquidatorio, neppure ricorrendo allo schema della domanda implicita.

In definitiva, lasciando da parte i numerosi distinguo che si imporrebbero in un approccio di tipo dogmatico, non sembra escluso che la parte che si costituisca possa proporre a sua volta una domanda di regolazione con la propria comparsa: se è il debitore, la sua domanda si avvicina alla domanda riconvenzionale classica (sub specie di incompatibilità con la principale), ma senza particolari problemi applicativi e con il vantaggio di potersi veder trattato prioritariamente il proprio percorso. Se è un creditore è verosimile che, se non ha già presentato istanza di liquidazione, esso potrà avere notizia ed essere coinvolto nel procedimento solo in secondo momento e, fermo restando che potrà proporre separato ricorso per liquidazione da riunirsi (il che sarà anche in futuro l'ipotesi verosimilmente più frequente), potrà anche costituirsi con comparsa nel procedimento concordatario e presentare in tal sede domanda di liquidazione.

Quanto all'intervento, la norma di cui all'art. 41, 5° comma, il CCII si limita a prevedere che esso può avvenire, per la parte pubblica e privata (legittimata a proporre la domanda), non oltre la rimessione al collegio per la decisione.

Mentre infatti si è verificata in passato una certa casistica di interventi nella procedura prefallimentare di altri creditori legittimati, più raramente si sono verificate sortite *ex art. 105 c.p.c.* di garanti del debitore o di altri soggetti interessati a sostenere le ragioni o al contrario a contrastarle³⁶.

Per quest'ultima ipotesi la dottrina e la giurisprudenza più risalenti si sono

³⁵ M. MONTANARI, *Il cosiddetto procedimento unitario*, cit., p. 571.

³⁶ Per quest'ultimo caso si veda Trib. Alessandria, 9 luglio 2013, n. 77, in *Redazione Giuffrè*, 2014, secondo cui non essendo in alcun modo riconosciuto dalla legge fallimentare il diritto dei creditori ad opporsi alla dichiarazione di fallimento, i relativi atti di intervento a ciò finalizzati vanno dichiarati inammissibili.

espresse in senso negativo, sulla base dell'incompatibilità dell'istituto di cui all'art. 105 c.p.c. con il rito camerale, mentre più recentemente si sono verificate maggiori aperture.

In realtà la disposizione del CCII sembra avallare un'interpretazione restrittiva, atteso il riferimento espresso ai soli creditori legittimati e non ai terzi in genere. La relazione illustrativa, del resto, afferma che proprio l'ammissione espressa dell'intervento di altri creditori legittimati costituisce la principale novità rispetto alla disciplina dell'art. 15 L. Fall., nella misura in cui evidentemente ciò non era ammesso formalmente con la vecchia disciplina.

Tuttavia appare possibile una diversa lettura.

La norma del Codice potrebbe avere avuto solo l'intento di codificare (assegnando un termine per l'esercizio del relativo potere) una prassi precedente e precisamente quella più frequente rispetto ad altre casistiche di intervento: quella relativa ai altri creditori interessati al fallimento ed al P.M. Non si vede però il motivo per cui, non avendo il legislatore voluto considerare anche la casistica meno frequente, ciò dovrebbe tramutarsi sul piano interpretativo in un implicito divieto che oltretutto contrasterebbe con le norme di diritto comune sull'intervento in causa nei giudizi contenziosi.

A tale considerazione si aggiungono altri argomenti, legati proprio alla dottrina più recente relativa alla legge fallimentare, che risultano attuali anche con il Codice stante la perfetta riproduzione, quanto ad oggetto, natura e struttura, del vecchio procedimento prefallimentare.

In particolare³⁷ si afferma l'ammissibilità dell'intervento volontario ai sensi dell'art. 105 c.p.c. avuto riguardo, più che alla struttura del rito, alla natura contenziosa del procedimento prefallimentare ed al fatto che esso è destinato ad incidere sullo status personale e sui diritti soggettivi della parte.

Si consideri inoltre la configurabilità del procedimento prefallimentare come processo speciale di cognizione di primo grado, senza trascurare la scelta del legislatore di attribuire la legittimazione al reclamo ex art. 18 L. Fall. a qualunque interessato: scelta oggi riprodotta dall'art. 51, 1° comma, CCII.

In definitiva, si potrebbe ritenere ancora valido lo stato dell'arte della dottrina alla vigilia del Codice, nel senso che è da ritenersi ammissibile l'intervento autonomo ex art. 105 c.p.c. (creditore che potrebbe presentare anche un'autonoma istanza di fallimento), sia quello del terzo genericamente «interessato» all'esito del giudizio ex art. 105, 2° comma, c.p.c. (ad esempio, un garante del debitore fallendo o altro creditore controinteressato alla liquidazione chiesta dallo stesso debitore).

Del resto, anche la dottrina più recente ha concordato sostanzialmente con le

³⁷ S. DE MATTEIS, *L'istruttoria prefallimentare*, in G. FAUCEGLIA-L. PANZANI (a cura di), *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, vol. I, Torino, 2009, p. 154, con ulteriori riferimenti. F. DE SANTIS, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE-A. BASSI, vol. I, Padova, 2010, 307.

opinioni precedenti, sottolineando anzi la maggior coerenza tra istituzione dell'intervento di terzo e logiche del procedimento unitario. Il litisconsorzio originato, nell'art. 41, 5° comma, L. Fall., dall'intervento dei soggetti che hanno legittimazione a proporre la domanda di apertura della liquidazione giudiziale e del P.M. non pone infatti problemi ricostruttivi in merito all'oggetto del procedimento. Anzi l'art. 105 c.p.c., che qui andrebbe probabilmente applicato anche in mancanza di richiami espressi, "comprende anche ipotesi di legittimazioni concorrenti alla produzione del medesimo effetto, senza necessità che ci si interroghi troppo su quale sia il diritto che la parte e il terzo fanno valere"³⁸.

³⁸ Così I. PAGNI, *L'accesso alle procedure di regolazione*, cit.