

Procedimento unitario

Le regole del procedimento unitario della crisi d'impresa dopo il D.Lgs. n. 83/2022

di Giuseppe Rana (*)

L'ultima versione della disciplina del procedimento unitario di cui al Titolo III della parte prima del codice della crisi, come riscritto dal D.Lgs. n. 83/2022 (c.d. Decreto *Insolvency*), non ha sciolto i molti dubbi interpretativi indotti da una regolamentazione del tutto nuova, a sua volta derivante da molte riscritture precedenti l'emanazione del D.Lgs. n. 14 del 2019. Alla riunione delle domande, intesa all'origine come principale strumento per realizzare in concreto l'unitarietà del procedimento, si è sovrapposta una tecnica di tipo riconvenzionale, come disegnata dai nuovi ultimi commi dell'art. 40 CCII, che ha aggiunto anche inedite preclusioni. Si è poi aggiunto nell'art. 7 il riferimento alle forme di cui agli artt. 40 e 41 in tema di rito applicabile. Tuttavia la nuova disciplina propone anche opportunità interessanti, soprattutto quanto ai diritti ed ai poteri delle parti coinvolte nei procedimenti contrapposti di apertura delle procedure liquidatorie e di regolazione, sia maggiori sia minori.

The latest version of the discipline of the unitary procedure referred to in Title III of the first part of the crisis code, as rewritten by Legislative Decree no. 83/2022 (so-called Insolvency Decree), has not resolved the many interpretative doubts induced by a completely new regulation, in turn deriving from many rewrites prior to the enactment of Legislative Decree no. 14 of 2019. At the meeting of the questions, intended originally as the main tool for concretely achieving the unity of the procedure, a counterclaim type technique was superimposed, as designed by the new last paragraphs of art. 40 CCII, which also added unprecedented foreclosures. It was then added in the art. 7 the reference to the forms referred to in articles 40 and 41 on the subject of the applicable procedure. However, the new regulation also offers interesting opportunities, especially as regards the rights and powers of the parties involved in the opposing proceedings for the opening of liquidation and settlement procedures, both major and minor.

Premessa

Il comma 2 dell'art. 7 CCII, dopo l'intervento del decreto di attuazione della Direttiva *Insolvency*, prevede che l'unico procedimento di accesso ai percorsi di insolvenza o agli strumenti di regolazione della crisi, generato attraverso la riunione delle domande o prima ancora attraverso il deposito della domanda concorrente nel primo procedimento, si svolge nelle forme di cui agli artt. 40 e 41 CCII: vedremo quanto questo intervento modifica negli aspetti specifici il quadro precedente. In fin dei conti, l'assetto del procedimento unitario

resta incentrato su un sistema misto che contiene regole uniformi, cui però si affiancano regole specifiche di trattazione di ciascun percorso: ciascuno dei quali, partendo dalla domanda di accesso conduce, in parte con discipline proprie, in un caso alla sentenza dichiarativa della liquidazione giudiziale o al rigetto della domanda e nell'altro caso all'omologazione del concordato o degli accordi o alla sua reiezione. Tuttavia il procedimento che inizia per primo accoglie di regola (dall'origine o per riunione) anche le domanda successive, omogenee o eterogenee che siano (1).

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

(1) In quest'ottica il Ministero della Giustizia ha strutturato il nuovo registro informatico in cui, su base PCT, confluiranno i vari procedimenti, anche protettivi e cautelari, secondo un triplice

Non è compito di scrivere commentare questo esito al di fuori degli aspetti tecnici (2). Buona parte della dottrina sembra concordare sul fatto che la soluzione adottata in via definitiva (3) offre, pur senza clamorose innovazioni, profili di praticità e chiarezza; vi è (per legge e non più per via giurisprudenziale) una priorità predefinita nella trattazione delle diverse istanze di regolazione; si raggiunge un certo grado di uniformità della disciplina dei vari procedimenti; si afferma la struttura monofasica del procedimento, che dunque non presuppone il previo accertamento dell'insolvenza; infine, sembra raggiunto l'obiettivo di un ragionevole raccordo dei percorsi processuali in fase di impugnazione e di una più facile individuazione e repressione di condotte dilatorie ed abusive. Inoltre sono innegabili le economie processuali che si realizzano, peraltro messe già in rilievo dalle note pronunce Sezioni Unite del 2015 e ben conosciute dai pratici.

In più, dopo l'intervento di attuazione della direttiva è cresciuto il grado di effettiva unitarietà del procedimento, se tale costituito *ab origine* attraverso la tecnica della domanda riconvenzionale, e si chiarisce ora che il tutto è disciplinato in un ambiente di tipo tendenzialmente contenzioso modellato sulla domanda liquidatoria, aprendo interessanti opportunità nella direzione di un contraddittorio pieno, garantito e precoce delle parti contrapposte.

Ciò non di meno, urge affrontare i complessi problemi teorico-pratici conseguenti al nuovo quadro normativo.

Il rito applicabile

L'approdo legislativo di cui agli artt. 7 e 49 CCII semplifica e risolve molti problemi (soprattutto teorici), specie dopo l'aggiunta del riferimento al rito di cui agli artt. 40 e 41 CCII: tuttavia se il giudice non deve troppo preoccuparsi della differenza tra oggetto, natura e struttura dei singoli procedimenti da cumulare all'origine o riunire, deve però porsi la questione delle regole processuali e delle garanzie da adottarsi, in una duplice prospettiva: da un lato quella di offrire alle parti contrapposte, in condizioni di parità e precocità, la possibilità di interloquire sulle pretese avverse; dall'altro guardando in concreto agli "incroci pericolosi" di cui agli artt. 44, 47, 49 e 106 CCII (4) (*ex artt.* 162 e 173 l.fall.), che nascono quando vi è da governare l'arresto critico o la mancata ammissione alla procedura concordata e la conseguente delibazione dell'istanza liquidatoria.

Se nel più recente quadro processuale vengono a sfumarsi, con gli ultimi aggiustamenti, le questioni attinenti all'eterogeneità dei riti in gioco, peraltro tutti a vario titolo di stampo camerale (5), resta centrale la questione della scelta delle forme da osservare nel compimento degli specifici atti. In precedenza si era formulata l'ipotesi che occorresse guardare all'oggetto e allo scopo propri del singolo atto, in modo che prevalesse il regime più garantistico quando l'atto è utile a entrambe le azioni (concordataria e per dichiarazione di fallimento) e si dovesse applicare invece la disciplina propria della singola procedura per gli atti funzionali a questa soltanto (6).

flusso: procedimento unitario (che nasce con il primo ricorso ed assegna la numerazione di registro generale principale); procedimenti dichiarativi, ad esempio per liquidazione o concordato (che prendono una numerazione subalterna man mano che vengono proposti e potranno essere ad esempio relativi a liquidazione oppure concordato); infine subprocedimenti cautelari, protettivi e camerali *ex art.* 106 CCII (che prendono una numerazione ulteriormente subalterna rispetto al dichiarativo cui accedono).

(2) V. I. Pagni, *L'alternativa tra la liquidazione giudiziale e gli strumenti di regolazione della crisi*, in questa *Rivista*, 2022, 1195; *Id.*, *L'accesso alle procedure di regolazione nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in questa *Rivista*, 2019, 549; I. Pagni - M. Fabiani, *I giudizi di omologazione nel Codice della crisi*, in *Diritto della crisi-Studi sull'avvio del Codice della crisi*, numero speciale settembre 2022, 156 ss.; M. Montanari, *Il cosiddetto procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in questa *Rivista*, 2019, 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, 270; F. De Santis, *Il processo c.d. unitario per la regolazione della crisi o dell'insolvenza, effetti virtuosi ed aporie sistematiche*, in questa *Rivista*, 2020, 2, 157; G. Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, 24 ss. Quanto alla legge delega, S. De Matteis, *I principi generali della legge delega in materia di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2017, 6, 1300 ss.

(3) Si veda, se si vuole, il mio *La trattazione congiunta di istanze liquidatorie e ricorsi per soluzione negoziata nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2021, 3-4, 2021, con riferimento alla normativa anteriore al decreto *Insolvency*.

(4) Nonché dell'art. 70, comma 10, CCII in materia di ristrutturazione debiti del consumatore; dell'art. 80 CCII, comma 5, in materia di concordato minore; dell'art. 271 CCII in materia di liquidazione controllata.

(5) Cass. Civ., SS.UU., 15 maggio 2015, n. 9935 e Cass. Civ., SS.UU., 15 maggio 2015, n. 9936, in *Foro it.*, 2015, 7-8, I, 2323, con nota di M. Fabiani avevano ritenuto, sulla scorta della dottrina, che i riti da riunire sono fra loro compatibili atteso che, malgrado le differenze di non poco conto che li contraddistinguono quanto ad oggetto, natura e struttura, sono tutti per l'appunto procedimenti in camera di consiglio: il carattere neutro e semplificato del rito camerale renderebbe perciò le diversità di disciplina procedurale, così come quelle di oggetto e natura, non ostative alla trattazione congiunta. Come si è già detto, anche il legislatore delegato, sulla scorta delle Sezioni Unite del 2015, sembra ritenere che, malgrado le differenze di oggetto e natura, i percorsi oggetto di *simultaneus processus* corrispondono tutti a procedimenti in camera di consiglio.

(6) D. Turrone, *Il concorso a "progressione asimmetrica" tra concordato preventivo e istruttoria prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1, nt. 38.

Inoltre si tendeva ad escludere l'utilità del riferimento all'art. 40, commi 3 e 4, 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 e magari confliggenti quanto a 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.

La scelta, quale regime normativo applicabile, della disciplina più garantista sembra confermata dal decreto di attuazione della Direttiva *Insolvency*: vi è ora nell'art. 7 un preciso riferimento agli artt. 40 e 41 CCII e dunque alle *forme* dell'apertura della liquidazione quale ambiente processuale tendenzialmente applicabile.

Va detto che nella pratica non si verificano frequenti sovrapposizioni di attività o conflitti di disciplina degli atti processuali: come vedremo meglio, l'istruttoria sulla domanda di liquidazione (in pratica quasi sempre documentale) viene di fatto sospesa in attesa della definizione del ricorso per ristrutturazione preventiva, dell'eventuale voto e della eventuale omologazione. Se tutto va come auspica il debitore, l'apertura della liquidazione resta processualmente riassorbita con l'omologazione e non si verificano sovrapposizioni o incroci rilevanti. In più la prima disciplina del CCII regolava già, in modo uniforme, buona parte delle attività relative alle diverse procedure riunite mentre altre attività specifiche erano già regolate *ad hoc*. Le non frequenti attività istruttorie non regolate specificamente, come ad esempio la consulenza tecnica, l'interrogatorio libero delle parti, dei loro consulenti o del commissario giudiziale, già potevano essere disciplinate in concreto all'interno del rito dell'apertura della liquidazione, attraverso l'ampio margine di flessibilità che il rito attribuisce al giudice.

Il vero significato del riferimento al rito dell'apertura della liquidazione va però rinvenuto non tanto sul piano della regolazione processuale dei singoli atti, quanto sul piano dell'effettività e della precoce applicazione delle garanzie che l'ambiente contenzioso evocato dagli artt. 40 e 41 CCII porta con sé: tenendo conto anche delle nuove e concrete possibilità che il nuovo contenitore processuale mette a disposizione

delle parti, e del creditore in particolare, per esercitare le loro prerogative.

Si tratta da un lato delle garanzie applicabili per assicurare alle parti contrapposte il potere di "mettere il naso" ed interloquire, secondo un modello di giusto processo, nel percorso perseguito dall'altra parte; dall'altro di stabilire le regole del gioco applicabili quando i nodi del coordinamento tra percorsi speculari vengono al pettine: se è in gioco la caduta dell'impedimento processuale disegnato dagli artt. 7 e 49 e la legge prevede, come anche nel passato, un sub-procedimento con comparizione in camera di consiglio innanzi al collegio, occorre stabilire regole del gioco certe e prevedibili, ad esempio in tema di poteri di impulso, di regolare costituzione del contraddittorio, di diritto alla prova e di difesa.

D'altra parte "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.): in fondo, era quello che accadeva già sotto la legge fallimentare, dove era ammessa, seppure con una disciplina meno precisa e più fumosa, la possibile confluenza delle domande di fallimento e di ammissione al concordato preventivo in un *simultaneous process* dipanantesi secondo il rito di cui all'art. 15 l.fall." (7). Non c'è da restare sorpresi allora, se ora la legge fa in via di principio un riferimento espresso alle forme dell'apertura della liquidazione giudiziale e quindi all'ambiente contenzioso, quale scelta migliore per assicurare, quando ce n'è bisogno, un contraddittorio corretto e garanzie sicure, anche attraverso il rinvio possibile alle regole del codice di procedura civile ed alle sovraordinate fonti nazionali e sovranazionali delle garanzie del processo. Del resto, 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, comma 3. Peraltro anche nel precedente sistema fallimentare la dottrina si è interrogata sull'effettiva portata del richiamo al rito prefallimentare previsto dall'art. 173 l.fall., ponendo l'alternativa se tali "forme" fossero richiamate al fine di introdurre nel procedimento di revoca del concordato le medesime garanzie processuali che

(7) M. Montanari, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 283. L'Autore critica la diversa posizione di A. Carratta, *Il procedimento di apertura delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2019, 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.

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.

La "riunione" dei procedimenti di accesso: aspetti generali

La riunione dei procedimenti è concepita dal nostro codice processuale quale strumento ad ampio raggio di azione destinato, tra l'altro, a garantire la trattazione simultanea di cause che sono tra loro in rapporto di litispendenza o di continenza. È poi noto che gli istituti della litispendenza e della continenza operano soltanto fra cause pendenti dinanzi ad uffici giudiziari diversi, secondo quanto reso evidente dal dato testuale dell'art. 39 c.p.c. Se le cause (identiche o connesse) pendono dinanzi al medesimo ufficio giudiziario, trovano applicazione rispettivamente gli artt. 273 e 274 c.p.c.; quando, poi, ragioni di ordine processuale impediscano la riunione, ed una causa sia pregiudiziale rispetto all'altra o sia già giunta a sentenza, trovano applicazione gli istituti della sospensione, di cui agli artt. 295 e 337 c.p.c. Sempre in linea generale, nella disciplina processuale codicistica la riunione può nascere dalle più varie forme di connessione, essendo l'istituto volto a garantire, a seconda dei casi, anche soltanto l'economia ed il minor costo del giudizio, e non necessariamente l'armonia delle decisioni. Non a caso l'art. 103, comma 2, c.p.c. consente al giudice di disporre la separazione delle cause, quando la continuazione della loro riunione ritarderebbe o renderebbe più gravoso il processo.

Ciò detto, è bene chiarire subito che, non solo per l'eterogeneità dei percorsi in gioco, la riunione prevista, sebbene ormai in sottordine alla riconvenzionale, dall'art. 7 CCII presenta qualche differenza con lo strumento previsto per il processo ordinario dagli artt. 273 e 274 c.p.c., concepito per processi tendenzialmente omogenei tra loro. 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 riunire (8): tuttavia, specie dopo l'avvento dell'attuazione della direttiva europea e la modifica dell'art. 40 CCII, questa asserzione non è più conforme al dettato normativo e per di più presupporrebbe la negazione di tutto un 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.

È giusto notare anche che rispetto alla visione delle Sezioni Unite del 2015, il testo del CCII fa riferimento non alla riunione dei *procedimenti* (ché oggi il procedimento si assume bene o male "unitario"), ma delle rispettive *domande*, che tipicamente conducono ciascuna alla possibile apertura di una specifica *procedura*. 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 citate Sezioni Unite: dunque per attivare il meccanismo è sufficiente che siano proposte diverse domande di regolazione della crisi e/o dell'insolvenza. 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, ma già in passato si è ritenuto che 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 fallimento (9). Tuttavia 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. D'altra parte non deve sfuggire che la prescrizione di cui all'art. 7 CCII dispone 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). L'introduzione successiva di più ricorsi liquidatori innanzi

(8) F. De Santis, *op. cit.*, 158.

(9) Cass. Civ. 31 maggio 2019, n. 15094, in *Mass. Giust. civ.*, 2019. Con riguardo al processo ordinario Cass. Civ., SS.UU., 6 febbraio 2015, n. 2245, in *Mass. Giust. civ.*, 2015 e più

recentemente Cass. Civ. 27 marzo 2019, n. 8446, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>, che muovono dalla premessa che l'impugnabilità dei provvedimenti giudiziali concerne soltanto quelli aventi contenuto decisorio.

allo stesso tribunale non sembra sollevare questioni operative: nella vigenza della legge fallimentare era prassi diffusa nei tribunali la riunione di ufficio dei successivi ricorsi prefallimentari, che vengono trattati congiuntamente dal giudice delegato alla trattazione del primo procedimento.

Si consideri infatti 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: per consolidata giurisprudenza, si riteneva che al debitore cui fosse stato regolarmente notificato il ricorso nel rispetto delle forme previste dalla legge non dovevano essere notificati anche i successivi ricorsi che si inseriscono nel medesimo procedimento, avendo egli l'onere di seguire l'ulteriore sviluppo della procedura e di assumere ogni opportuna iniziativa in ordine ad essa, a tutela dei propri diritti (10). In pratica, una volta che il debitore fosse stato regolarmente convocato per l'audizione in camera di consiglio, si doveva ritenere che in quella sede potesse prendere contezza delle varie istanze di fallimento sopravvenute e presentare le proprie difese: chiedendo eventualmente termini a difesa se alcune di dette istanze non gli fossero state preventivamente notificate o fossero successivamente intervenute. Non sembrano esservi ostacoli ad attuare lo stesso orientamento anche nel nuovo contesto, poiché il procedimento di accesso alla liquidazione non muta la sua fisionomia rispetto al processo prefallimentare, nemmeno quando sono in gioco più istanze cumulate tra loro.

In definitiva la formula "riunione al procedimento pendente" di cui ai due ultimi commi di cui all'art. 40 CCII, unita all'espressione "trattazione in unico procedimento" sembra condurre inequivocabilmente a creare qualcosa che si avvicina al procedimento unitario nel senso pieno del termine, che nella peggiore delle ipotesi nascerà attraverso la riunione *ex art. 373 c.p.c.*, come affermato dalle Sezioni Unite già 2015.

Il trattamento processuale delle domande contrapposte e le preclusioni di cui all'art. 40 CCII

Con l'introduzione dell'art. 7 CCII nella sua prima versione, il principio affermato è che una volta proposta la prima domanda di accesso alla regolazione della crisi/insolvenza, non importa di quale genere, tutte le altre domande proposte successivamente

debbono essere presentate o riunite in "unico procedimento" secondo le regole di cui agli ultimi due commi dell'art. 40 CCII, 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, anche dopo gli ultimi interventi, e la legge fallimentare non si occupano espressamente del possibile cumulo originario, soggettivo od oggettivo, di domande eterogenee: si pensi alla proposizione di istanza dello stesso debitore per l'accesso al concordato, cumulata con una domanda subordinata di liquidazione giudiziale in proprio. Oppure si pensi al caso di più creditori che domandano la liquidazione giudiziale contro lo stesso debitore. In queste situazioni il richiamo più ovvio è alla disciplina di diritto comune degli artt. 103 e 104 c.p.c., salvo precisare che in materia di procedimento unitario della crisi entra comunque in gioco la regola della priorità di trattazione delle soluzioni concordate rispetto alla liquidazione giudiziale.

A parte questo, e ribadito che il nuovo art. 40, commi 9 e 10, considera preferibile la proposizione "nello stesso procedimento" delle domande contrapposte (non a caso indicata per prima nell'ordine) e solo in via residuale prescrive la riunione, appaiono utili alcune considerazioni generali.

In definitiva, con l'ultimo intervento normativo allo strumento della riunione si sovrappone una tecnica di tipo riconvenzionale in senso ampio: se il debitore propone domanda concorrente essa si avvicina alla domanda riconvenzionale classica (nella specie dell'incompatibilità con la principale) ed è soggetta ad una rigida preclusione. Se si tratta di un creditore è verosimile che, se non ha già presentato istanza di liquidazione, potrà proporre separato ricorso da riunirsi oppure potrà costituirsi nel procedimento concordatario e presentare in tal sede domanda di liquidazione fino alla rimessione della causa al collegio per la decisione.

Può residuare qualche dubbio in ordine alla forma della domanda da innestare nel procedimento contrapposto già pendente, atteso che il CCII tuttora nulla dispone se non che si tratta di *ricorso* ai sensi dell'art. 37, comma 1. In proposito, il Consiglio di Stato, nel suo parere sull'attuazione della direttiva europea, proponeva di ritenere implicito un riferimento agli artt. 37, 38 e 39 CCII o, meglio ancora, di valutare se riformulare il comma 9, primo periodo, dell'art. 40 nei seguenti termini: "[...] la domanda di apertura della liquidazione giudiziale è proposta, con

(10) Cass. Civ. 26 settembre 2013, n. 22060, in *Mass. Giust. civ.*, 2013.

ricorso ai sensi dell'art. 37, comma 2 (e quindi con *ricorso* dei soggetti legittimati per legge), e 38, comma 1 (quindi con *ricorso* del PM), nel medesimo procedimento fino alla rimessione della causa al collegio per la decisione"; inoltre, riformulare il comma 10 nei seguenti termini: "[...] la domanda di accesso a un quadro di ristrutturazione preventiva è proposta, con ricorso ai sensi dell'art. 37, comma 1 (dunque con *ricorso* del debitore), e nel rispetto degli obblighi dell'art. 39 (che regola gli obblighi di deposito documentale), nel medesimo procedimento, a pena di inammissibilità, entro la prima udienza [...]".

Per la verità, a parte le regole di legittimazione e gli oneri documentali, la vera questione mi sembra altra: è eterodosso qualificare come *ricorso* e non come memoria di risposta *ex art.* 41, comma 4, CCII con domanda riconvenzionale, l'atto di chi, se convenuto in via contenziosa per la liquidazione, vuole proporre un'istanza specularmente contrapposta. Si può ipotizzare però che la forma del ricorso è stata prescelta al fine di garantire l'avvio del successivo procedimento di convocazione e di notifica al debitore, che resta obbligatorio anche nel caso di domanda di liquidazione proposta in seconda battuta dal creditore rispetto alla domanda di regolazione del debitore.

Osserviamo poi che ad una prima lettura il differente trattamento delle situazioni regolate rispettivamente dal nono e dal comma 10 dell'art. 40 non sembra facilmente giustificabile: si potrebbe anche dubitare che il più rigido trattamento attribuito alla domanda concorrente del debitore costituisca un'ingiusta restrizione della regola della trattazione prioritaria degli strumenti di ristrutturazione preventiva predicata sia dall'art. 2, comma 1, lett. g), L. n. 155 del 2017 sia dai principi della Direttiva *Insolvency*. Infatti si nota una doppia restrizione: la prima, giustificabile con la necessità di evitare abusi dilatori e di assicurare una piena compatibilità con il procedimento di apertura della liquidazione, riguarda il rigido termine preclusivo per intervenire nel procedimento; la seconda, all'apparenza meno giustificabile, riguarda, dopo la prima udienza, il divieto di proposizione separata fino alla definizione dell'istanza di liquidazione. Tutto ciò può trovare una qualche ricomposizione solo con riferimento al timore che attraverso lo strumento della riunione si possa aggirare la rigida preclusione stabilita (11) e che comunque vanno prevenuti atteggiamenti dilatori.

A proposito di preclusioni, sembra utile evidenziare un profilo applicativo di quella di cui all'art. 40, comma 9, laddove si dispone che la domanda concorrente di apertura della liquidazione può essere proposta nel medesimo procedimento "fino alla rimessione al collegio". Il riferimento, seppure con un linguaggio non del tutto appropriato, sembra essere chiaramente rivolto all'udienza fissata per l'omologazione, che è quella dove appunto l'organo deputato dall'art. 48 CCII alla decisione sulla domanda di ristrutturazione si riserva di decidere. Appare chiaro, altresì, che la proposizione di domanda separata debba avvenire nel medesimo termine.

Qualche questione in più sembra profilarsi dietro il comma 10 dell'art. 40 CCII. Infatti le regole procedurali originarie di cui all'art. 41 non prevedono una struttura basata su preclusioni rigide, laddove anche la memoria difensiva depositata oltre il termine assegnato ai sensi del comma 4 non soffre di alcuna decadenza. Ecco che invece il comma 10 dell'art. 40 impone, non senza distonie, un limite per la proposizione della domanda riconvenzionale di regolazione preventiva, che però non risulta simmetrico con il termine assegnato per la memoria difensiva: la conseguenza è che la proposizione della domanda di ristrutturazione sarà spesso posticipata proprio all'udienza, con l'effetto non del tutto auspicabile che parte ricorrente sentirà il bisogno di chiedere un termine per esaminare la documentazione del debitore, quanto meno nel caso di ricorso concordatario "pieno".

La frase finale "fino alla conclusione del procedimento" quale termine entro cui, una volta celebrata la prima udienza, non si può proporre domanda separata di ristrutturazione preventiva appare non del tutto limpida: a me pare si voglia dire, sulla base di una ragionevole interpretazione letterale e sistematica, che, una volta superato il termine della prima udienza in primo grado, occorre attendere che vi sia una decisione reiettiva, ma irrevocabile, della domanda liquidatoria e solo allora si possa proporre, finalmente, la domanda di ristrutturazione. Infatti, se può essere ragionevole impedire l'aggiramento del termine preclusivo attraverso una domanda separata, altrettanto ragionevole appare concedere al debitore, che sia riuscito a scampare dalla liquidazione, la possibilità di proporre uno strumento di regolazione,

(11) Ricordiamo però che il comma 10 dell'art. 40 CCII dispone, all'ultimo periodo, che il termine di cui al primo periodo (ossia la prima udienza) non si applica se la domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è proposta

all'esito della composizione negoziata, entro sessanta giorni dalla comunicazione di cui all'art. 17, comma 8, CCII (ossia della relazione finale che l'esperto negoziatore deve redigere al termine del percorso di composizione).

seppur dopo che non vi sia più luogo a decidere sulla liquidazione. Né avrebbe senso anticipare questa possibilità al rigetto in primo grado della domanda di liquidazione, perché in questo caso non solo sarebbe vanificata la *ratio* della norma ma si verificherebbe una pernicioso interferenza tra impugnazione del rigetto della domanda liquidatoria e decisione sulla domanda di regolazione preventiva.

L'instaurazione del rapporto processuale e del contraddittorio ed il subprocedimento di revoca del concordato

Occorre comprendere i profili salienti del modello processuale delineato dall'art. 44, comma 2, CCII, ossia l'ambiente processuale destinato a governare gli incroci pericolosi di cui si diceva.

La lettera della norma, richiamata dall'art. 106 e dell'art. 49 CCII enfatizza in modo chiaro i poteri di segnalazione attribuiti ai creditori (generalmente intesi), al P.M. ed al commissario, pur confermandosi implicitamente il carattere officioso dell'apertura dell'incidente camerale; pone sullo stesso piano creditori istanti e debitore, che vanno sentiti, e perciò convocati formalmente e correttamente informati sul *thema decidendum*; stabilisce infine che va omessa ogni formalità non essenziale al *contraddittorio*, con ciò però affermandosi indirettamente che questo è indispensabile. Insomma, preso atto della chiara lettera della norma e poiché già le Sezioni Unite del 2015 non dubitavano che tra le opposte domande vi fosse un rapporto di contrapposizione (12), ossia di specularità, che giustifica la riunione, oggi sarebbe ancor più contraddittorio che in passato affermare da un lato 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; dall'altro che solo quando si deve discutere della liquidazione è concesso al creditore ed al debitore di contrapporsi secondo regole certe relative al diritto alla prova ed al contraddittorio. Ciò si ricollega anche al fatto che fin dal primo momento, grazie alle affermazioni di principio dell'art. 7 ed alle nuove regole di cui agli ultimi commi dell'art. 40 CCII, il creditore istante, una volta entrato nel procedimento unitario, potrebbe interloquire sull'ammissione del concordato, ad

esempio denunciando un comportamento fraudolento, anche prima e fuori della convocazione in camera di consiglio ex art. 47 CCII.

Ma ora occorre chiedersi come e quando si instaura il rapporto processuale tra le parti nel quadro disegnato dal nuovo art. 7 in combinato disposto con gli ultimi due commi dell'art. 40 CCII. Ciò si traduce, soprattutto, nel quesito se si debba sempre disporre la convocazione delle parti ai sensi dell'art. 40 CCII, vuoi quando il primo ricorso è per liquidazione (e gli altri per regolazione) vuoi nell'ipotesi inversa.

La risposta deve tenere conto del fatto che, proposto il primo ricorso, quale che sia, i registri informativi ministeriali accendono un primo numero di registro generale P.U. (procedimento unitario) ed un primo subprocedimento, detto procedimento dichiarativo: i successivi ricorsi genereranno altrettanti dichiarativi, con una numerazione subalterna a quella del P.U. (-1, -2 ecc.). Vi è poi un terzo livello di flusso dei registri, che raccoglie sia le istanze cautelari e protettive sia anche le istanze che fanno capo all'art. 106 CCII, generandosi ulteriori subprocedimenti rispetto al dichiarativo cui fanno capo ed ulteriore numerazione subalterna. Ciò dovrebbe comportare che il secondo ricorso, ad esempio per liquidazione giudiziale contrapposto ad un ricorso concordatario, se proposto direttamente nel procedimento dichiarativo già aperto, dovrebbe essere automaticamente conosciuto dalla controparte come se fosse, nel processo ordinario, una domanda riconvenzionale.

Stando così le cose a livello di registri informatici, la domanda è se basti il semplice deposito telematico del secondo atto introduttivo ad instaurare correttamente il rapporto processuale tra le parti ed a garantire, senza incorrere in nullità, un corretto contraddittorio: ciò alla luce sia di considerazioni sistematiche e razionali sia del riferimento agli artt. 40 e 41 CCII come richiamati dall'art. 7.

La risposta pare negativa con riferimento all'ipotesi in cui la seconda domanda sia liquidatoria, non essendo compatibile con il procedimento unitario una tecnica riconvenzionale classica. In primo luogo, il fatto stesso che il procedimento si introduce, come già ricordato, con ricorso pare imporre al tribunale l'onere della *vocatio in ius*, cui si aggiunge per

(12) 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 l.fall., 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.

legge, di regola, anche quello della notifica a mezzo PEC ai sensi dell'art. 40, commi 6 ss., CCII. Si consideri pure la posizione dei soggetti non attingibili mediante PEC, come i soci illimitatamente responsabili delle società di persone. È la stessa disciplina legale, richiamata dall'art. 7, ad imporre sempre la formale convocazione e comparizione delle parti, in presenza di un ricorso liquidatorio, con il relativo corredo formale di termini e comparire, presentazione di memorie ed oneri documentali della parte convenuta. Convocate le parti, si discuterà anche delle domande protettive e cautelari di cui all'art. 54 e 55 CCII. Resta da vedere, dovendosi intanto istruire la domanda di regolazione preventiva, se, una volta adottate le decisioni sulle istanze protettive e cautelari, si dovrà procedere a rinvio dell'udienza o se le parti dovranno essere riconvocate solo nei casi di incidente camerale ex artt. 47 e 106 CCII: sarà la prassi stabilire le modalità operative, dovendosi tenere sempre conto che quella delle garanzie del contraddittorio.

Per i ricorsi di regolazione proposti in seconda battuta, invece, prevale a mio avviso la geometria variabile immanente ai relativi procedimenti, laddove, in mancanza di iniziativa dei creditori e in difetto di istanze protettive e cautelari, non vi è spazio se non per un contenzioso potenziale: questo nascerà, convocando le parti, quando il P.M., il commissario o soprattutto il creditore (pienamente e precocemente coinvolto dal meccanismo del procedimento unitario), si attiveranno ai sensi degli artt. 44, 47, 49 e 106 CCII e proporranno istanze tese a far valere cause di revoca del termine per il deposito del piano, di mancata ammissione, di revoca dell'ammissione e ovviamente di opposizione all'omologazione (13): in questi casi si espanderà pienamente la natura

contenziosa del procedimento unitario e le parti dovranno interloquire in camera di consiglio su un piano di parità, di diritto al contraddittorio e di diritto alla prova. Se poi si è proceduto mediante riunione dei procedimenti, va da sé che si procederà nello stesso modo, disponendo contestualmente la riunione del secondo ricorso e regolando in contraddittorio, previa udienza innanzi all'istruttore, le questioni protettive e cautelari.

Merita ora un chiarimento di idee lo statuto della sede camerale nella quale le parti frequentemente debbono contrapporsi: appunto la camera di consiglio di cui all'art. 44, comma 1, CCII, richiamato dagli artt. 49 e 106.

La precedente giurisprudenza (14) riguardo all'incrocio tra revoca del concordato e dichiarazione di fallimento ex art. 173 l.fall. (15) riteneva 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, comma 1, l.fall. si atteggia 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 inficiava la dichiarazione di insolvenza, ma non poteva essere neppure oggetto di doglianza da

(13) O anche di tardività del ricorso per regolazione ai sensi del comma 10 dell'art. 40 CCII, nel qual caso occorrerà a mio avviso convocare le parti e, sentito il debitore, procedere a dichiarare inammissibile il ricorso e dare seguito alla domanda liquidatoria.

(14) Che prevedeva secondo la S.C. un unico subprocedimento di revoca suddiviso in due fasi: una prima, necessaria, nel corso della quale il tribunale è tenuto unicamente a verificare d'ufficio se ricorrano i presupposti previsti dalla norma per la revoca dell'ammissione al concordato; una seconda, eventuale e successiva, che si instaura solo su impulso del creditore o del P.M. e che conduce alla dichiarazione di fallimento ove ricorrano le condizioni previste dagli artt. 1 e 5 l.fall. Il provvedimento che dispone la revoca, che giunge all'esito della prima fase, non richiede la proposizione di un'apposita domanda e non è emesso nell'ambito di un giudizio contenzioso che si svolge fra parti contrapposte, ma costituisce espressione di un potere-dovere del giudice ricollegato in via esclusiva alla scoperta degli atti di frode, il cui esercizio non è subordinato all'acquisizione della posizione assunta sul punto dai creditori concordatari. Secondo la S.C. si tratta di un provvedimento che, per il carattere ufficioso che lo connota, non è

riconducibile ad una dialettica di tipo negoziale, ma si iscrive nel novero degli interventi del giudice in chiave di garanzia. Il debitore ammesso al concordato, titolare della situazione giuridica di cui si controverte ed al quale unicamente può imputarsi la commissione degli atti di frode, è perciò il solo effettivo destinatario della pronuncia e, in quanto tale, il solo soggetto cui va riconosciuta la qualità di parte necessaria nella prima fase del subprocedimento. I creditori - che, ricorrendo i presupposti della revoca, non possono vantare alcun diritto alla prosecuzione del concordato - sono invece portatori di un interesse solo mediato e indiretto alla pronuncia, che non basta a identificarli quali litisconsorti necessari del debitore. Identiche conclusioni vanno assunte, secondo la giurisprudenza pregressa, con riguardo alla seconda, ed eventuale, fase che conduce all'emissione della sentenza dichiarativa, atteso che i creditori non sono portatori di un diritto al fallimento del loro debitore né, tantomeno, di un contrapposto diritto a non vederlo fallire. Si veda al riguardo, tra le altre, Cass. Civ. 19 febbraio 2016, n. 3324.

(15) Cass. Civ. 31 maggio 2019, n. 15094, in *Mass. Giust. civ.*, 2019.

parte del debitore, trattandosi di nullità relativa la cui deduzione è riservata ai titolari dello specifico interesse, cioè ai creditori non avvisati.

Inoltre la precedente giurisprudenza di legittimità (16) tendeva a ritenere non strettamente necessaria, ai fini della dichiarazione di fallimento, una nuova e formale convocazione del debitore (cui fosse stata già notificata in precedenza l'istanza di fallimento riunita) nella camera di consiglio ex art. 162 l. fall. Eppure il vecchio art. 162 l. fall. prescriveva che andava sentito il debitore (evidentemente ai fini della inammissibilità del concordato), mentre nulla al riguardo disponeva l'art. 173 l. fall., che prevedeva la comunicazione al P.M. ed ai creditori, ma non al debitore. Le prassi di quasi tutti i tribunali seguivano però una linea più garantista.

Occorre oggi sottoporre a nuova verifica questi orientamenti, specie dopo le modifiche introdotte con il decreto di attuazione della direttiva ed il conseguente più deciso ed esplicito spostamento del baricentro del procedimento unitario verso le garanzie del contenzioso.

Ebbene, nel codice ritroviamo oggi un dettato normativo esplicito, imperniato sull'art. 44, comma 2 e quindi sulla convocazione contestuale sia del debitore sia del creditore istante su un piano di contestualità e parità, in rapporto tanto con la delibazione della caducazione del concordato quanto con la discussione sull'apertura della liquidazione. Inoltre, dopo la modifica apportata all'art. 44, comma 2, dal decreto *Insolvency*, ora sembra a disposizione del "creditore" (senza aggettivi) anche la possibilità di dare impulso ai provvedimenti di cui agli artt. 44, comma 2, 49 e 106 CCII, chiudendo così il cerchio relativo alla nuova posizione delle parti nel contesto unitario (17). Al riguardo, pur dovendosi riconoscere che anche con il codice la fase attinente alla delibazione della caducazione del concordato non richiede necessariamente un impulso di parte (come si evince dal persistente riferimento all'iniziativa del commissario) e che pertanto il riferimento all'iniziativa del creditore può apparire ridondante, non si può pur tuttavia negare che l'aver attribuito esplicitamente

tale potere al suddetto creditore (18) è espressione della rinnovata struttura del procedimento unitario e del fatto che, se si tratta di creditore che ha proposto istanza di liquidazione, i nuovi meccanismi lo coinvolgono in modo precoce e lo mettono fin dal principio nella condizione di interloquire sulle vicende del concordato. Ne è conferma il dettato dell'art. 45 CCII che prevede, al comma 1, che, entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, il decreto di concessione dei termini per l'accesso agli strumenti di regolazione è comunicato, oltre che al debitore ed al pubblico ministero, proprio ai richiedenti l'apertura della liquidazione giudiziale.

Ancora, l'art. 44, comma 2, CCII, prevede espressamente la garanzia del contraddittorio sia pure per dire che vanno omesse le formalità non essenziali, e, tenendo conto della qualità specifica del creditore qualificato e del debitore, palesemente differenziata rispetto a quella del creditore generico, indica i primi due come protagonisti necessari della vicenda, che pertanto vanno obbligatoriamente evocati. Pur potendosi confermare oggi l'orientamento relativamente agli effetti della mancata convocazione del creditore generico (19) ed al fatto che egli non ha la qualità di litisconsorte necessario, non si può trascurare che a questi l'art. 44 CCII riserva oggi non casualmente una prerogativa in passato non esplicitata in termini di sollecitazione dei poteri officiosi del tribunale.

Tutt'altra questione è la rilevanza della convocazione del debitore.

Infatti, il riferimento alle forme di cui agli artt. 40 e 41 CCII contenuto nell'art. 7 non è soltanto la riproduzione del vecchio riferimento all'art. 15 l. fall. contenuto nell'art. 173, comma 2, di cui alla stessa legge, dato che ora in via di principio si impone che sia garantita la delibazione dell'istanza di liquidazione nella pienezza del contraddittorio del debitore e ciò in tutte le ipotesi di apertura della procedura liquidatoria a seguito di caducazione di altri ricorsi per regolazione.

In questo rinnovato contesto avrei dei dubbi ad affermare che per garantire la pienezza del contraddittorio basti al debitore la prima notifica del ricorso per liquidazione. In difetto di una presenza effettiva e

(16) La passata giurisprudenza (tra le altre Cass. Civ. 18 dicembre 2015, n. 25587, in *Mass. Giust. civ.*, 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.

(17) Possibilità che non è esplicitamente concessa in caso di diniego dell'apertura del concordato, posto che l'art. 47 CCII, comma 4, non richiama l'art. 44 CCII.

(18) Non previsto espressamente dagli artt. 162 e 173 l. fall.

(19) Potendosi però discutere della posizione qualificata del creditore segnalante ex art. 44, comma 2, CCII, non essendo ragionevole che egli non venga coinvolto nella camera di consiglio.

contestuale dei ricorrenti contrapposti in tutte le fasi del procedimento unitario o riunito (garantita solo con una formale e specifica convocazione), il debitore potrebbe dolersi del fatto che, essendosi nel frattempo incentrata l'attività istruttoria e difensiva nella trattazione prioritaria della domanda di ristrutturazione preventiva, il suo diritto di difendersi dall'istanza di liquidazione giudiziale potrebbe risultarne in qualche modo compromesso laddove, caduto il concordato, si passi direttamente e contestualmente alla deliberazione 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 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 non infrequente mancanza di una apposita istruttoria sull'apertura della liquidazione (nel frattempo congelata ex art. 7 CCII) non deve precludere di per sé al debitore l'espletamento dei mezzi di difesa più adeguati al caso (presentazione di memorie, istanze di convocazione personale e simili), per contrastare l'eventuale richiesta di liquidazione (20). 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 dovuto alla revoca di contribuzioni pubbliche e la sua evoluzione inequivocabile verso l'insolvenza: a questo proposito la S.C. ha ritenuto in passato (21) 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 (22).

Istruttoria del procedimento unitario e oneri probatori

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

È giusto ricordare che sotto la l.fall. 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. Ne consegue che al momento della pronuncia negativa ex artt. 162, 173, 179 e 180 l.fall., in ordine alla proposta di concordato, il tribunale può decidere in via definitiva anche le istanze di fallimento riunite, dichiarando il fallimento del debitore se ne ricorrono i presupposti; mentre, in caso di esito positivo del giudizio di omologazione ex art. 180 l.fall., il tribunale può dichiarare l'improcedibilità delle istanze di fallimento riunite". Anche la dottrina (23), 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 poteva ritenere che il tribunale può considerare contemporaneamente il fascicolo del concordato e

(20) Cass. Civ. 6 maggio 2014, n. 9730, cit.

(21) Cass. Civ. 21 aprile 2016, n. 8100, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(22) 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: il reclamo che si limitasse a denunciare la violazione del diritto di difesa senza specificare gli eventuali elementi ulteriori dei quali il tribunale abbia tenuto conto non meriterebbe dunque accoglimento. Potrebbe trovare accoglimento il reclamo che invece denunciassero l'impossibilità per il debitore di difendersi rispetto a nuove deduzioni o nuove attività istruttorie, tanto più che anche con il Codice i presupposti oggettivi del concordato (crisi) e quelli della liquidazione (insolvenza), non coincidono e dunque deve sussistere una corrispondenza tra i fatti emersi nel corso delle indagini e la contestazione al debitore, qualunque possa esserne la fonte di cognizione - acquisizione d'ufficio, dichiarazioni di privati, allegazioni del P.M. - e indipendentemente dal grado e dalla gravità

della fonte stessa. Tale necessità inderogabile di tutela del diritto di difesa può ritenersi soddisfatta, secondo la giurisprudenza, ogni qual volta il debitore sia stato posto in condizione di svolgere le opportune controdeduzioni.

(23) I. Pagni, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria prefallimentare dopo le Sezioni unite del maggio 2015*, in questa *Rivista*, 2015, 8-9, 933. Conforme: Cass. Civ. 1° ottobre 2004, n. 19652; Cass. Civ. 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 questa *Rivista*, 2014, 6, 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. Nardecchia, nella stessa *Rivista*, 2011, 1452.

quello del fallimento, esaminando, anche su sollecitazione di parte, i profili rimessi al proprio sindacato tali da far caducare la procedura alternativa utilizzando tutti gli elementi forniti dall'attestazione, dai creditori istanti, dal (pre)commissario e, infine, dai creditori oppositori in sede di omologa.

Se questo era condivisibile secondo lo schema dei procedimenti riuniti di cui al primo conio del CCII, a maggior ragione possiamo confermare questa convinzione dopo le modifiche introdotte con il decreto di attuazione della direttiva europea.

Nell'attuale contesto di *simultaneus processus*, data per presupposta la trattazione di istanze contrapposte, si potrebbe allora distinguere riassuntivamente la posizione del:

creditore che ha presentato istanza di liquidazione, il quale potrà, avvalendosi dei vantaggi della trattazione congiunta, e quindi della condivisione del materiale istruttorio, partecipare e interloquire nella fase di ammissione al concordato nonché alle fasi successive, peraltro con i poteri di impulso oggi accordati dall'art. 44, comma 2, come richiamato anche dagli artt. 49 e 106 CCII;

creditore concordatario non ricorrente, il quale, pur non essendo tecnicamente un litisconsorte, quando convocato espressamente (ad esempio per la revoca dell'ammissione ex art. 106 CCII), potrà costituirsi e far valere le sue ragioni; potrà proporre istanza di fallimento/liquidazione fino alla omologazione; potrà comunque sollecitare l'intervento del tribunale ex art. 44, comma 2, CCII;

debitore che ha presentato istanza di regolazione, il quale potrà spiegare le sue difese a sostegno della propria istanza e nel contempo resistere con le opportune difese alla domanda di liquidazione riunita o spiegata in via riconvenzionale da un creditore.

Uno degli effetti, per così dire, naturali della trattazione congiunta, originaria o a seguito di 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 ribadiamo che, 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 già dall'origine 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: si pensi ad atti di dispersione della garanzia patrimoniale realizzati immediatamente prima della domanda del debitore o alla deduzione della manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati.

Se però si è proceduto tramite riunione e non per via riconvenzionale, può sorgere qualche problema in più da risolvere.

Vero è che qui siamo in presenza di una riunione impropria, che riguarda più che altro le domande e non tanto i procedimenti in sé e che deve essere precoce e precedere in qualche modo l'istruttoria: tuttavia val la pena di ricordare che 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 (24). Per altro verso nel processo ordinario, 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 indotte 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

(24) Occorre domandarsi se nel CCII la riunione delle domande lasci intatta l'autonomia dei singoli procedimenti, 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 decise. La profonda diversità di oggetto, natura e struttura dei procedimenti da riunire potrebbe costituire un argomento ulteriore per ribadire anche nella materia concorsuale il principio dell'autonomia delle procedure e dunque anche della natura complessa della decisione.

relativi oneri (25). 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, in caso di riunione tra ricorsi instaurati separatamente e poi riuniti potrebbe sorgere la necessità di fare chiarezza sulle regole, tenendo ben presente che le norme di riferimento sono quelle contenziose di cui all'apertura della liquidazione, con un implicito rimando alle regole del processo ordinario. Applicando dunque un punto di vista rigoristico, si potrebbe arrivare a concludere, ad esempio, 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 il quale, 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 per dichiarazione di fallimento/liquidazione 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 del regole del 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 e quindi dell'efficacia verso i terzi.

Ebbene, consideriamo il fatto che nel processo della crisi si parla di riunire domande più che procedimenti.

D'altra parte pur trattandosi di procedimenti riuniti la cui trattazione congiunta risponde alle regole del contenzioso, la disciplina dell'art. 41 CCII e le regole del c.p.c. in materia di riunione dei procedimenti e di garanzie processuali rispondono ad una immanente clausola di *compatibilità*.

Dunque non è dato qui applicare schematicamente le categorie e la disciplina della riunione codicistica, dovendosi trattare congiuntamente, ed a fini precipi di coordinamento, procedimenti profondamente diversi (tra loro e rispetto al processo ordinario) per oggetto, natura e struttura: 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 documentale del materiale acquisito in sede di istruzione concordataria potrebbe risultare dirimente al fine di affermare la libera navigabilità, 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 procedimento (26), 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 degli artt. 41, u.c. e 42 CCII nonché art. 738 c.p.c. si evince l'operatività di un ampio ventaglio di poteri officiosi del tribunale (27), 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 deliberazione, trattandosi di un procedimento camerale nel quale può intervenire chiunque dimostri di avere un 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 di procedimento unitario non si vede il motivo per cui non debba operare il principio generale di acquisizione processuale, in forza del quale le risultanze istruttorie comunque ottenute, e quale che sia la

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

(26) Cass. Civ. 10 ottobre 2018, n. 25067, in *Mass. Giust. civ.*, 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, comma 8, c.p.c. in tema di mezzi di prova disposti di ufficio. In giurisprudenza si veda Cass. Civ. 28 maggio 2010, n. 13086, in questa *Rivista*, 2010, 11, 1261, con nota di F. De Santis.

parte a iniziativa o a istanza della quale siano formate, concorrono tutte indistintamente alla formazione del convincimento del giudice (28). Più precisamente, la prova, una volta richiesta o introdotta nel processo (a seconda che si tratti di prova costituenda o precostituita), esce dalla sfera di disponibilità della parte istante. Ne consegue che la parte istante non potrà più né rinunciare alla sua assunzione né ottenerne l'inutilizzabilità (anche qui secondo che si tratti di prova costituenda o precostituita): il che porta a ritenere che una volta che il debitore abbia evidenziato con la sua produzione a fini concordatari uno stato di crisi che in realtà è già di insolvenza, non potrà invocare l'inutilizzabilità dei documenti prodotti quando si tratta, caduta l'ipotesi concordataria, di decidere dell'apertura della liquidazione: potrà però certamente documentare e dimostrare fatti sopravvenuti o integrare la prova per dimostrare o che l'insolvenza è venuta meno o che si tratta di un semplice stato di crisi mai evoluto in insolvenza. 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 (oltre che ovviamente della trattazione congiunta originaria), potenziato anche dal fatto che grazie alla tecnologia del processo civile telematico tutte le parti costituite dovrebbero avere accesso da remoto al fascicolo unificato e seguirne tutti gli eventi oltre che leggere il materiale documentale e difensivo acquisito (29).

La domanda riconvenzionale (di liquidazione giudiziale o di regolazione) e l'intervento

Prima dell'avvento del decreto di attuazione della direttiva europea avevo sommessamente sostenuto (30) che vi fossero comunque buoni spazi nel CCII per realizzare economie processuali e fiscali e gestione efficiente ricorrendo, con opportuni distinguo, al buon vecchio strumento di diritto comune della

domanda riconvenzionale, opportunamente adattata. Sotto l'impero della legge fallimentare (31), già poteva avvenire che all'udienza convocata per l'istruttoria prefallimentare il debitore presentasse domanda per concordato, talvolta anche dopo aver ottenuto un rinvio a tale scopo. Anche con la prima versione del codice non si vedeva 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 fosse instaurata con la costituzione di chi era evocato nel primo procedimento: appunto come si opera di solito per la domanda ex artt. 36 e 167 c.p.c.

In definitiva, con l'ultimo intervento normativo allo strumento della riunione si sovrappone una tecnica di tipo riconvenzionale in senso ampio: se il debitore propone domanda concorrente successiva, essa si avvicina alla domanda riconvenzionale classica (nella specie dell'incompatibilità con la principale) ed è soggetta ad una rigida preclusione. Se si tratta di un creditore è verosimile che, se non ha già presentato istanza di liquidazione, potrà proporre separato ricorso da riunirsi oppure potrà costituirsi nel procedimento concordatario e presentare in tal sede domanda di liquidazione fino alla rimessione della causa al collegio per la decisione.

Ora la riscrittura dell'art. 7 in combinazione con gli ultimi due commi dell'art. 40 CCII e la ristrutturazione dei registri informatici sembrano recuperare spazi operativi ad ampio raggio per una tecnica di tipo riconvenzionale: anzi questa pare la linea preferita dal nuovo assetto normativo. Non siamo molto lontani da quanto avviene di solito per la comune domanda ex artt. 36 e 167 c.p.c., tenendo presente l'ampio spazio concesso dalla S.C. alla sua ammissibilità (32).

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

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

(29) Il carattere distinto dei singoli procedimenti "dichiarativi" (per esempio di liquidazione e di concordato) che confluiscono con numeri subalterni nel procedimento unitario principale secondo l'architettura dei nuovi registri informatici ministeriali non è di particolare aiuto: si dovrà ricorrere, probabilmente, ad istanze di visibilità quanto meno nel caso di ricorsi separati ex art. 40, commi 9 e 10, CCII.

(30) *La trattazione congiunta*, cit., 538 ss.

(31) Di una fattispecie di questa fatta si era interessata Cass. Civ. 27 maggio 2013, n. 13083, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>. Nel caso in esame (in cui si discuteva del diritto di difesa del debitore rispetto alla domanda di fallimento deliberata dopo la dichiarazione di inammissibilità del concordato) il ricorso

per soluzione concordata era stato presentato in udienza, nel corso del procedimento prefallimentare, dopo altra udienza nella quale la società aveva chiesto rinvio per depositare la proposta di concordato. Si intende che a tal fine non è concepibile un diritto del debitore di ottenere il rinvio.

(32) 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 debbano 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, comma 1, Cost.

pregiudizialità-dipendenza, dell'incompatibilità ovvero della compatibilità. Qualche dubbio potrebbe però suscitare la possibilità di una domanda riconvenzionale subordinata, riguardo al caso in cui il debitore si costituisce per contrastare una domanda di liquidazione, negando uno dei presupposti della declaratoria, e nel contempo propone domanda di concordato ma solo per il caso in cui venga ritenuto dal giudice quel presupposto (per esempio la qualità di imprenditore commerciale) (33). Per altro verso, appare praticabile una domanda riconvenzionale (o anche principale), nella quale il debitore, ad esempio, chieda di omologare un concordato e, in via subordinata, di aprire una liquidazione (34).

D'altro canto, l'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 CCII (35), 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.

Va anche precisato che, in particolare se si tratta di impresa commerciale, la contiguità tra procedure maggiori e minori imperniata sulle definizioni di impresa minore e di sovraindebitamento di cui all'art. 2 CCII comporta l'apertura del sistema ad articolate ed inedite strategie difensive, impensabili quando il mancato superamento delle soglie di cui all'art. 1.fall. consentiva l'esenzione dalla pronuncia fallimentare.

Si può pensare subito a due possibili esempi di domande riconvenzionali esperibili nel procedimento di liquidazione controllata: quella di esdebitazione ex art. 268 CCII e quella di concordato minore, ristrutturazione del debito del consumatore e ADR dell'imprenditore agricolo, di cui agli artt. 271 e 40 CCII. Si possono immaginare altre ipotesi: ad esempio una riconvenzionale di liquidazione giudiziale contrapposta a quella di liquidazione controllata proposta non tanto dal debitore quanto da un creditore intervenuto, che faccia venire in gioco la regola di cui all'art. 121 CCII che appunto governa, tra l'altro, anche l'elemento distintivo della procedura minore rispetto all'altra e determina indirettamente anche le differenze tra i rispettivi oneri probatori che deve sostenere chi agisce. Ciò ci porta a dire di una possibile riconvenzionale di liquidazione controllata contrapposta alla domanda di liquidazione giudiziale, che a sua volta conduce alla possibilità di una domanda principale di liquidazione controllata subordinata a quella di liquidazione giudiziale.

Quanto all'intervento, la norma di cui all'art. 41, comma 5, 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 sostenerne le ragioni o al contrario a contrastarle (36). Per quest'ultima ipotesi la dottrina e la giurisprudenza più risalenti si sono espresse in senso negativo, sulla

(33) 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 principale. Si noti che ordine giuridico di trattazione delle domande contrapposte di regolazione della crisi/insolvenza è 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 rendere di per sé inammissibile la domanda stessa, mentre proprio la natura oggettivamente preventiva del concordato ne potrebbe risultare snaturata. Inoltre viene in rilievo il possibile carattere abusivo di una domanda riconvenzionale così posta, atteso che il ricorso per soluzione concordata "maggior" presuppone la deduzione di taluni fatti, come il superamento di almeno una delle soglie dimensionali di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), CCII, che non possono essere contemporaneamente negati senza suscitare il sospetto che si voglia solo dilazionare l'apertura della liquidazione. Si potrebbe anche dubitare che una condotta siffatta sarebbe in contrasto, almeno in ipotesi, con i doveri del debitore di cui all'art. 4, comma 2, lett. a) e b), CCII.

(34) F. Michelotti, *Osservazioni in tema di procedure di sovraindebitamento di cui alla L. n. 3/2012 e succ. mod. e integr.*, in questa *Rivista*, 2015, 1232.

(35) M. Montanari, *Il cosiddetto procedimento unitario*, cit., 571.

(36) Per quest'ultimo caso si veda Trib. Alessandria 9 luglio 2013, n. 77, in *DeJure*, 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. Si dava il caso che taluni creditori avessero proposto intervento per opporsi ad un ricorso per autofallimento: il tribunale ritenne che tale intervento andava qualificato come principale ex art. 105 c.p.c. Senonché, secondo i giudici, "a norma dell'art. 6 l.fall., il creditore è solo titolare della legittimazione attiva a chiedere il fallimento del proprio debitore insolvente. Pertanto, come riconosciuto dalla dottrina, egli potrà al più intervenire in procedimento proposto da altro soggetto legittimato, per chiedere a sua volta il fallimento. Per contro negli atti di intervento dispiegati nel presente giudizio i creditori si oppongono alla stessa dichiarazione di fallimento. Tale opposizione non trova fondamento in una specifica situazione giuridica soggettiva del creditore, giacché la legge fallimentare riconosce al creditore la sola legittimazione a chiedere il fallimento dell'imprenditore insolvente ma non già il diritto ad opporsi al fallimento richiesto da altro soggetto legittimato".

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 la tesi 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 il limitato fine di codificare (assegnando un termine per l'esercizio del relativo potere) una prassi precedente e più frequente rispetto ad altre casistiche di intervento: quella relativa agli altri creditori interessati al fallimento ed al P.M. Oltre alla genericità del lessico utilizzato, non si vede il motivo per cui, non avendo il legislatore voluto regolare anche la casistica meno frequente, ciò di per sé dovrebbe tramutarsi sul piano interpretativo in un implicito divieto, che oltretutto contrasterebbe con le regole 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, struttura e disciplina, del vecchio procedimento prefallimentare. In particolare (37) 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, comma 1, CCII.

In definitiva, si può 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), mentre attende conferma quello del terzo genericamente "interessato" all'esito del giudizio ex art. 105, comma 2, 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 opinioni precedenti, sottolineando anzi la maggior coerenza tra istituzione dell'intervento di terzo e logiche del procedimento unitario. Il litisconsorzio originato, nell'art. 41, comma 5, 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).

Il concorso di procedure minori

L'attribuzione della legittimazione all'apertura della liquidazione controllata non solo al debitore ma anche, seppur entro limiti precisi, ai creditori (39) pone per la prima volta, nel sistema delle procedure minori (40), il problema della definizione delle opportune regole di coordinamento (41), ad esempio, tra domanda di liquidazione del creditore e domanda di omologazione di concordato minore.

Ciò detto, l'art. 270 CCII prevede al comma 1 che il tribunale, *in assenza di domande di accesso alle procedure di cui al titolo IV* e verificati i presupposti di cui agli artt. 268 e 269, dichiara con sentenza l'apertura della procedura della liquidazione controllata: evidente è anche in questo caso l'imposizione per legge di un criterio di coordinamento che prevede da un

(37) S. De Matteis, *L'istruttoria prefallimentare*, in *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia - L. Panzani, I, 154, con ulteriori riferimenti. G. De Santis, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore - Bassi, I, 307.

(38) Così I. Pagni, *l'accesso alle procedure di regolazione*, cit.

(39) Artt. 268 ss. CCII. Ricordiamo che è stata eliminata dal decreto *Insolvency* la legittimazione del Pubblico Ministero, che ora non compare nella versione del CCII entrata in vigore il 15 luglio 2022.

(40) M. Montanari, *Il concorso delle procedure da sovraindebitamento nel sistema del Codice della crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, il

quale rileva che la rubrica dell'art. 271 CCII, parla impropriamente di concorso di procedure. A parere di chi scrive, più che di concorso d'azioni e di diritti o di concorso di norme, sarebbe più esatto parlare di concorso di domande o di procedimenti di apertura.

(41) La disciplina trova il suo antecedente in quella contenuta nella L. 27 gennaio 2012, n. 3 sulla liquidazione del patrimonio del debitore sovraindebitato, che però non regolava il coordinamento con le altre procedure del debitore non fallibile, sul presupposto che liquidazione potesse essere richiesta solo dal debitore in alternativa all'accordo di composizione o al piano del consumatore.

lato l'iscrizione delle procedure nell'unico contenitore processuale secondo le regole comuni (art. 7 CCII) e dall'altro la trattazione prioritaria delle domande alternative alla liquidazione controllata.

L'art. 271, comma 1, a sua volta, prevede che se la domanda di liquidazione controllata è proposta dai creditori (42) e il debitore chiede l'accesso a una procedura di cui al Capo II del Titolo IV, il giudice *concede un termine per l'integrazione della domanda*. Il comma 2 chiarisce, ove ve ne fosse bisogno, che alla scadenza del termine di cui al comma 1, senza che il debitore abbia integrato la domanda, ovvero in ogni caso di mancata apertura o cessazione delle procedure di cui al Capo III del Titolo IV, il giudice provvede ai sensi dell'art. 270, commi 1 e 2 ossia a decidere sulla domanda di liquidazione.

Ecco, sia pure nel perimetro dei principi di trattazione prioritaria di cui all'art. 7 CCII (43), una disciplina più semplificata rispetto ai procedimenti di apertura "maggiori", attualmente governati, nel loro coordinamento, dall'art. 49 e dai nuovi ultimi due commi dell'art. 40 CCII introdotti dal Decreto *Insolvency*: questi ultimi hanno definitivamente sdoganato nel processo della crisi di impresa, anche per chi aveva ancora dubbi, il classico istituto della domanda riconvenzionale. Tuttavia mentre, come abbiamo visto, nell'ipotesi di istanza di liquidazione sopravvenuta rispetto alla domanda di regolazione si può solo far riferimento alla stringata disciplina dell'art. 270, comma 1, CCII, l'ipotesi inversa, regolata dall'art. 271, è un po' più attenzionata dal tessuto normativo, ma non priva di problemi interpretativi.

A differenza che per la disciplina degli artt. 40 e 49 CCII, l'art. 270, comma 2, pare anticipare la consumazione della domanda liquidatoria alla sola apertura della procedura alternativa e non alla sua omologazione o comunque alla definizione della domanda stessa, come prevede invece l'art. 49. Per converso, posto che in via di principio è assicurata la trattazione

prioritaria delle istanze di regolazione rispetto alla domanda liquidatoria, avverrà che, in assenza di domande alternative del debitore così come in caso di inutile decorso del termine di cui tra poco si dirà o di cessazione (44) in qualunque modo della domanda alternativa, la domanda di liquidazione controllata proposta dai creditori potrà essere liberamente decisa dal tribunale.

Se invece, a fronte di una domanda dei creditori, il debitore decide di non associarsi ad essa o prestarvi acquiescenza, può proporre una domanda alternativa ex Capo II (45) del Titolo IV del codice, ossia una ristrutturazione dei debiti del consumatore o un concordato minore (46): in questo caso, come è presumibile, abbinerà di un termine per poter articolare piano e proposta di regolazione del sovraindebitamento. Tuttavia, l'unica, laconica disposizione al riguardo è quella che prevede una semplice "integrazione della domanda" entro un certo termine, pendente il quale non può essere dichiarata la liquidazione controllata, come non può esserlo per tutta la durata del percorso, terminato positivamente il quale, la domanda di liquidazione diviene improcedibile.

Sebbene una dottrina abbia sospettato che la norma si potesse interpretare nel senso che il termine serve proprio a presentare la domanda alternativa, più che ad integrarla (47), la maggioranza degli interpreti tende a ritenere che il legislatore ha voluto introdurre nel mondo dei procedimenti "minori" una versione semplificata dell'istituto del ricorso con riserva di cui all'art. 44 CCII: vuoi perché *integrare* presuppone evidentemente una domanda già presentata, vuoi perché non appare consentita un'assegnazione officiosa del termine (48). Naturalmente nulla impedisce al debitore di articolare da subito una domanda "piena": presumibilmente dovrà farlo entro il termine e con le modalità di cui all'art. 40, u.c., CCII e quindi entro la prima udienza, avvalendosi pertanto del

(42) Il riferimento al P.M., persistente nella norma dopo il decreto *Insolvency* sembra frutto di mera svista.

(43) Che non a caso richiama esplicitamente la liquidazione controllata e trova anche sicura conferma nell'art. 270, comma 1, CCII.

(44) Quest'ultimo lemma è piuttosto criptico, poiché almeno in apparenza la semplice apertura della procedura alternativa fa decadere la domanda di liquidazione. Tuttavia i dubbi potrebbero sciogliersi se si optasse per la tesi di M. Montanari, *op. cit.*, 18, secondo cui a tale declaratoria non può attribuirsi il significato, che pure la formula di legge parrebbe accreditare, di autentica pronuncia di *absolutio ab instantia*, bensì quello di mero provvedimento di sospensione o arresto temporaneo del procedimento. Ed invero, se nella specie dovesse realmente trattarsi della definizione in rito del procedimento e non della sua semplice sospensione, necessaria sarebbe allora la riproposizione *ex novo* della

domanda di liquidazione controllata affinché il giudice, intervenuta per qualsivoglia ragione la cessazione della procedura alternativa che la suddetta declaratoria di improcedibilità avesse provocato, possa provvedere, come recita l'art. 271 CCII, "ai sensi dell'art. 270, commi 1 e 2", ossia, appunto, all'apertura della procedura liquidatoria cui non s'era potuto in precedenza addivenire.

(45) E non Capo III, come per evidente refuso recita il comma 2: M. Montanari, *op. cit.*, *sub* nt. 18.

(46) Anche di omologazione di accordi di ristrutturazione se si tratta di imprenditore agricolo, secondo L. D'Orazio, *op. cit.*, 1315 ss.

(47) F. Accettella, *La liquidazione controllata del sovraindebitato: un primo commento*, in *Nuove leggi civ.*, 2020, 676 ss.; D. Benincasa, *op. cit.*, 2045.

(48) M. Montanari, *op. cit.*, 7, con ulteriori riferimenti di dottrina; più recentemente L. D'Orazio, *op. cit.*, 1315 ss.

ristretto periodo che intercorre tra questa e la notifica della convocazione dell'udienza (49).

La semplificazione non è però prova di problemi.

L'assimilazione al termine di cui all'art. 44 CCII porta ovviamente a concludere per la sua natura processuale e perentoria (50) mentre l'applicazione dell'art. 9 CCII ne esclude la sospensione feriale: ma l'art. 271 non prevede né la durata del termine né tanto meno le caratteristiche minime di quella che dovrebbe essere una particolare specie di domanda "in bianco". Dunque, si aprono due possibili percorsi interpretativi: far riferimento alla disciplina comune di cui agli artt. 44 ss. CCII (51) oppure affidarsi alla discrezionalità del tribunale, tenendo conto quanto meno della necessità di accelerazione derivante dalla compresenza di un'istanza liquidatoria, vuoi per calibrare il termine stesso, vuoi, a mio parere per escluderne la prorogabilità dato il concorso di un'istanza liquidatoria. Sembra esclusa, Escluderei, per elementari ragioni di logica e di coordinamento con la disciplina maggiore, che il termine sia concedibile di ufficio, mentre la formulazione della norma e la sua *ratio* semplificatoria sembrano a loro volta escludere una domanda con riserva presentata ancor prima della domanda liquidatoria concorrente.

Quanto poi alle concrete modalità di richiesta del termine, poiché le disposizioni materia di difesa personale del debitore in materia di liquidazione controllata sono limitate al caso in cui abbia posizione di mero convenuto o ricorrente in proprio per la liquidazione e tali disposizioni hanno natura eccezionale, si potrebbe essere indotti ad affermare che occorre, anche solo per richiedere il termine, costituirsi a mezzo di difensore. Tuttavia, gli artt. 68 e 76 CCII consentono al debitore di presentare domanda senza farsi rappresentare da un difensore e per il tramite dell'OCC e non si vede perché si dovrebbe derogare a tale regola in caso di concorso tra procedure. Sembra allora ragionevole affermare che sia l'istanza di termine (o meglio la domanda) sia poi il deposito di piano e proposta dovranno essere articolati e formalizzati secondo le regole ordinarie del rispettivo strumento e quindi da un lato con l'ausilio dell'OCC o, solo se a ciò opta il debitore, tramite difensore; dall'altro sempre con il supporto del gestore.

La semplice richiesta di termine non può affatto rappresentare un efficace atto di impulso della procedura

alternativa, in quanto occorrerà un ricorso o comunque un atto difensivo articolato sulla falsariga degli artt. 40, commi 9 e 10, e 44 CCII, assistito da una versione semplificata della documentazione da allegarsi, modellata sull'art. 39, comma 3, ma compatibile con la qualità soggettiva del debitore. A tale conclusione induce soprattutto il riferimento alla destinazione del termine ad "integrare" la domanda: dunque a completare un percorso che presuppone una precedente domanda che non può essere che quella di cui all'art. 44 CCII, da completarsi con proposta e piano. Non si può dubitare, data la loro portata di principio generale, dell'applicabilità dei criteri di coordinamento dettati dall'art. 7, comma 2, CCII e pertanto della necessaria verifica della non manifesta inammissibilità e inadeguatezza a raggiungere gli obiettivi prefissati. Una volta accolta la domanda di apertura della liquidazione, la domanda di liquidazione proposta dai creditori è dichiarata improcedibile.

La normativa non prevede con precisione quale sia il giudice cui proporre la domanda alternativa alla liquidazione. Ovviamente la questione non riguarda la designazione del giudice - persona fisica (che è designato secondo le regole tabellari del tribunale) né il registro informatico nel quale va iscritto il secondo procedimento, che è sempre quello SIECIC - P.U., dove i procedimenti man mano prendono la stessa numerazione del primo, in forma di progressivi sub-procedimenti. La questione attiene invece al giudice inteso come ufficio giudiziario e nella sua composizione, monocratica o collegiale, tenuto conto che mentre la decisione sulla domanda liquidatoria è collegiale, non lo è quella sull'apertura del concordato minore. Allo stesso modo occorre chiarire se la concessione del termine per integrare la domanda è compito del collegio o del giudice designato per l'istruttoria della liquidazione, in applicazione analogica dell'art. 41, comma 6, CCII.

In realtà il sistema processuale già conosce e regola ipotesi di cumulo tra domande di competenza monocratica e collegiale: basti pensare all'art. 281-*novies* c. p.c. Ne consegue che anche in questo caso, salva la delega istruttoria al giudice monocratico relativamente alla domanda di liquidazione, per assorbimento le decisioni del tribunale restano di regola collegiali, *ivi* compresa quella sulla concessione del termine per integrare la domanda (52).

(49) Anche il creditore potrebbe presentare in seconda battuta una domanda di liquidazione controllata in contrapposizione a quella di regolazione del debitore, ma la prima resterebbe comunque congelata secondo quanto prevede il comma 9 dell'art. 40 CCII: così si desume da quanto prevede l'art. 271, comma 1, CCII.

(50) Come conferma il disposto dell'art. 271, comma 2, CCII.

(51) L. D'Orazio, *op. cit.*, 1317.

(52) S. De Matteis, *op. cit.*, 351; M. Montanari, *op. cit.*, 10.

Quanto all'antitetica ipotesi regolata dall'art. 270, comma 1, CCII, posto che l'effetto inibitorio della decisione liquidatoria è scontato, si procederà comunque a riunire i procedimenti, *ex artt.* 7 e 40 CCII, e congelare l'esito liquidatorio fino alla eventuale omologazione della domanda di regolazione, esattamente come si farebbe nell'ipotesi ora regolata dall'art. 40, comma 9, per i procedimenti maggiori. Naturalmente nulla vieta, sulla base delle regole generali di cui all'art. 7, che la seconda domanda sia proposta in via riconvenzionale nel medesimo procedimento, anziché separatamente, esattamente come nell'ipotesi di previa proposizione della domanda liquidatoria.

In quest'ultimo caso, tuttavia, sorge questione se il richiamo generale alle regole del procedimento unitario faccia operare anche la preclusione di cui all'art. 40, comma 10, CCII, legata come è noto alla celebrazione della prima udienza per la discussione della domanda liquidatoria (53). A mio avviso il vaglio di compatibilità regge pienamente, atteso che la *ratio* della preclusione è nell'evidente direzione di limitare le iniziative dilatorie del debitore, le quali, almeno in teoria, sono possibili e praticabili anche nel mondo dei procedimenti minori. Per i medesimi motivi pare applicabile la simmetrica ma più lasca previsione del comma 9 dell'art. 40.

(53) Per una conclusione dubitativa, L. D'Orazio, *op. cit.*, 1317.