

# *Consiglio Nazionale del Notariato*

Studio n.14-2020/E

## **LA CESSIONE DI BENI NEL CONCORDATO**

*di Alberto Crivelli*

*(Approvato dalla Commissione Esecuzioni Immobiliari e Attività Delegate il 17/02/2020)*

### *Abstract*

Lo studio si incentra sulle forme delle cessioni in ambito concordatario, tanto con riferimento alla legislazione vigente come a quella derivante dal codice della crisi. In particolare lo stesso si sofferma sui riflessi della regola di competitività, che caratterizza la liquidazione concordataria, sia sul procedimento che sull'esito della vendita. Si è tentato di porre la dovuta attenzione agli aspetti che riguardano gli atti di trasferimento che conseguono tanto alle vendite organizzate secondo il codice di procedura, come quelle conseguenti alle vendite a schema libero, in quest'ultimo caso verificando l'applicabilità delle ipotesi di nullità previste dalle leggi per le cessioni fra vivi, nonché le problematiche scaturenti da eventuali vizi procedurali.

\*\*\*

*Sommario:* 1. Forme della liquidazione nel concordato; 2. Limiti alla regola di competitività nelle vendite concordatarie?; 3. Le singole modalità di vendita. Vendite secondo il codice di rito; 4. Vendite competitive. Il subentro; 5. Vendite anteriori all'omologazione; 6. Le altre vendite. La sospensione; 7. Il liquidatore; 8. Poteri e legittimazione. Il comitato dei creditori; 9. Natura forzata delle vendite nel concordato; 10. Gli atti di trasferimento; 11. La cancellazione. Il riparto.

\*\*\*

### **1. Forme della liquidazione nel concordato.**

Scopo di questo studio è la comparazione fra la disciplina delle cessioni effettuate in sede concordataria in base alla legge fallimentare e quella in base al nuovo codice della crisi.

Al fine di un migliore inquadramento delle questioni, si ritiene opportuna una breve ricognizione della vendita in ambito concorsuale, come recata dalla vigente legge fallimentare.

La legge fallimentare, r.d. n. 267 del 1942, e s.m.i., stabilisce le modalità di liquidazione dei beni agli artt. 105 segg., ed in particolare all'art.107.

Il sistema delle vendite è regolato sul principio della competitività delle stesse: le vendite cioè

vanno effettuate sulla base di modalità ispirate all'evidenza pubblica<sup>1</sup>, e quindi o sulla base del codice di rito o su quelle individuate dal curatore in sede di programma di liquidazione, che però debbono osservare regole di evidenza e competitività.

In particolare l'art.107 l.f. stabilisce i beni siano preventivamente stimati da operatori esperti, e che la vendita sia effettuata sulla base di adeguate forme di pubblicità che assicurino la massima informazione e partecipazione agli interessati, ed in primis la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche<sup>2</sup>.

Inoltre si dispone che alle vendite si applichino gli articoli 569, 3° comma, terzo periodo, 574, 1° comma, secondo periodo e 587, 1° comma, secondo periodo, cpc (tutte in tema di pagamento rateale).

Meno importante la disposizione che prevede la possibilità di offrire anche dopo l'aggiudicazione, purché del dieci per cento almeno, con il corrispettivo potere del curatore di sospendere allora la vendita.

Meno importante perché tale ultima disposizione non può che applicarsi al caso della vendita con incanto, analogamente a quanto si prevede all'art.584 cpc, ipotesi che appare in realtà confinata all'irrilevante.

A tali regole si aggiunga che, in base all'art.108 stessa legge, le vendite competitive possono essere sospese, con decreto motivato del giudice delegato, qualora ricorrano gravi e giustificati motivi ovvero, su istanza presentata dagli stessi, entro dieci giorni dal deposito di cui al quarto comma dell'articolo 107, si può impedire il perfezionamento della vendita quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto, tenuto conto delle condizioni di mercato, in totale analogia con quanto prevede l'art.586 cpc.

Soprattutto sempre l'art.108 l.f. prevede che, una volta compiuta la vendita e riscosso il prezzo, il giudice delegato procede alle cancellazioni delle iscrizioni ipotecarie, pignoramenti, sequestri e ogni altro vincolo.

Sempre in base all'art.107 (6° co.) l.f., è possibile per il curatore subentrare in un processo esecutivo promosso nei confronti del fallito, in questo caso però essendo egli subordinato a tutti gli obblighi del creditore precedente.

La suddetta disciplina, in virtù del rinvio operato dall'art.182, 5° co., l.f., risulta applicabile, in quanto compatibile, anche alla materia concordataria.

Tale ultima disposizione rappresenta peraltro il punto di arrivo di una "lunga marcia" di ritorno alla competitività ed al controllo giudiziale delle vendite concordataria, che peraltro si inserisce nel contestuale percorso svolto anche dalle altre procedure concorsuali. In altri termini si è passati da un regime assolutamente legato alle cessioni governate dalle disposizioni del codice di rito (sebbene non direttamente in materia concordataria), ad uno in cui le forme di vendite – per l'affermata natura privatistica dell'istituto – erano considerate di fatto libere, o quantomeno contemplanti la possibilità di offerte predeterminate prima dello stesso deposito della domanda, alle modifiche che con la l. n.83/2015 introduce proprio il 5° comma dell'art.182 di estensione

<sup>1</sup> Ampi riferimenti circa la "licitazione privata" e la "trattativa privata", modalità tipiche dell'evidenza pubblica per i contratti della p.a., si hanno in D'ADAMO, *Le vendite competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo ed il ruolo del notaio*, in Studi e materiali, 2008, 3, 1226 ss

<sup>2</sup> Sulle differenze fra la pubblicità prevista dal codice di procedura all'art.490 e quella prevista dalla legge fallimentare, rinvio al mio *L'impugnazione dell'aggiudicazione per omissioni o difformità pubblicitarie*, in Fall., 2020,

della disciplina prevista per il fallimento, completata con l'introduzione dell'art.163-*bis* l.f., che dispone la sottoposizione sempre a procedura competitiva l'offerta di acquisto (di un bene o dell'azienda) "pre-confezionata".

La disposizione dell'art.182, 5° co., l.f. in effetti rinvia agli artt. 105 e segg., ma disciplina specificamente la materia della cancellazione delle trascrizioni, prevedendo la salvezza della diversa previsione da parte del decreto di omologazione. Il rinvio in parola vale sia nell'ipotesi di concordato liquidatorio (che prevede la vendita competitiva dei beni, purché quest'ultima assicuri il soddisfacimento dei creditori chirografari almeno nella misura del venti per cento, artt. 160, 4° co., l.f. e 84, 4° co., Codice della Crisi e dell'Insolvenza, *breviter* CCI), salvo quanto si dirà in prosieguo, sia in caso di vendita di beni non strategici in caso di concordato con continuità, fermo restando che le vendite disposte nella c.d. fase di riserva (ai sensi dell'art.161, 6° co., l.f.) vanno considerate a tutti gli effetti atti di straordinaria amministrazione e quindi sono assoggettate all'autorizzazione del Tribunale in composizione collegiale, mentre le vendite disposte tra il momento dell'emissione del decreto d'apertura della procedura concordataria ai sensi dell'art.163 l.f. e quello d'emissione del decreto d'omologazione, sono assoggettate ad analoga autorizzazione, ma questa volta di competenza del giudice delegato ai sensi dell'art.167 l.f.

Vediamo ora in particolare la disciplina proprio relativamente al concordato, e i relativi riflessi sull'attività notarile, sviluppando il parallelo tra quanto disposto dalla legge fallimentare e il codice della crisi.

Con riferimento a tale ultimo testo normativo, è ivi disposto che in tutti i casi in cui si debba procedere alla liquidazione di beni facenti parte della dote concordataria, sia applicabile la disciplina di cui all'art.114 CCI, incluso il caso in cui si debba procedere alle cessioni anteriormente all'omologazione (art.94, 5° co., CCI), o addirittura prima dell'apertura (art.46, 1° co., CCI).

L'art.114 cit. poi prevede un rinvio in blocco alla disciplina prevista per il caso della liquidazione giudiziale, e pertanto essenzialmente agli artt.216 e 217 CCI.

Il sistema delle vendite concordatarie non è dunque più, come per la legge fallimentare, rigidamente distinto fra fase "in bianco", interamente disciplinata dall'art.161 l.f.; fase successiva all'ammissione, interamente disciplinata dall'art.167 l.f., e appunto fase esecutiva, alla quale si applica solo direttamente ed integralmente l'art.182, 5° co., l.f., ma ferme restando le regole specifiche di ciascuna fase, a tutte le vendite si applicano le norme dettate per le vendite in ambito di liquidazione giudiziale, richiamata dalla norma in esame, nonché la disciplina della cancellazione contenuta nell'art.114 CCI stesso, dal momento che il rinvio alla disciplina della liquidazione giudiziale è previsto per tutte le vendite poste in essere "dopo il deposito della domanda di concordato", momento da identificarsi senz'altro in quello del deposito della domanda di accesso di cui all'art.37 CCII.

## **2. Limiti alla regola della competitività delle vendite concordatarie?**

A parte l'aspetto formale delle modalità di richiamo della disciplina della liquidazione giudiziale, l'art.114 CCI si pone in continuità con l'art.182 l.f., e come per quest'ultimo si pone il problema della relativa applicabilità per i casi diversi dal concordato per cessione in senso proprio, inteso come quello che prevede l'effettiva cessione dei beni ai creditori con effetto dunque traslativo a favore degli stessi.

Parte della dottrina<sup>3</sup> ha ritenuto che la norma non potrebbe essere applicata, quantomeno direttamente, nei casi di concordato che non preveda siffatto effetto traslativo (e nella pratica i concordati non prevedono sostanzialmente mai tale effetto), tanto liquidatorio come – ancor più – in quello del concordato in continuità aziendale (quest’ultimo da identificarsi con la previsione del soddisfacimento essenzialmente a mezzo dei flussi generati dalla prosecuzione dell’attività imprenditoriale, cfr. artt. 186 – bis, l.f. e 84, 2° e 3° co., CCI; con la precisazione che per tale ultimo testo normativo la continuità rappresenta ormai la modalità assolutamente preferenziale di concordato).

Ma quantomeno a partire dalla l. n. 132/2015, che profondamente modificava l’art.182 l.f., tale opinione non può essere più sostenuta. Intanto viene modificata la stessa rubrica (che passa da “Provvedimenti in caso di cessione dei beni” in “Cessioni”), a significare una norma di generale applicazione per il caso in cui si debbano effettuare cessioni in ambito concordatario<sup>4</sup>. Soprattutto poi è disposta l’applicazione delle regole previste per la vendita fallimentare, che pone al centro la competitività anche in ipotesi di scelta delle forme di vendita da parte del curatore (e quindi nel caso del concordato da parte dell’imprenditore tramite il piano) col solo limite della clausola di compatibilità, scelta poi integralmente fatta propria dall’art.114 CCI.

In altri termini deve dirsi che risulterebbe illogico che norme di natura imperativa quali sono quelle previste dalle disposizioni sulle vendite in materia concorsuale<sup>5</sup>, poste quindi a tutela dei creditori e dei terzi, possano essere ritenute applicabili solo nel caso del concordato per cessione inteso in senso proprio.

Con riferimento poi al concordato in continuità, parte della dottrina<sup>6</sup> critica la ritenuta applicabilità della regola della competitività per la vendita dei beni non strumentali, in quanto allora non si spiegherebbe perché le vendite che caratterizzano invece l’attività in continuità sarebbero libere, visto che i flussi delle cessioni dei beni non strumentali farebbero parte anch’essi della continuità. A diversamente ritenere si finirebbe per aderire alla tesi del concordato misto, cioè in particolare disciplinando parte del concordato in continuità (in particolare la parte avente ad oggetto la vendita dei beni non strumentali) secondo le regole proprie del concordato liquidatorio.

La suggestiva tesi non può però essere seguita, se si considera anzitutto che è evidente la diversità delle regole che presiedono alle vendite che attengono alla continuità e pertanto che riguardano lo svolgimento ordinario dell’attività d’impresa, e quindi sono ontologicamente sottratte al principio di competitività (rientrando nell’attività propria regolata esclusivamente dal mercato), da quelle che hanno una finalità liquidatoria avendo ad oggetto beni non relativi all’attività d’impresa e/o non strumentali alla continuità dell’azienda (i quali ultimi non possono essere alienati senza compromettere la fattibilità stessa del concordato), per le quali non v’è ragione di sottrarre le stesse alla competitività.

Non pare neanche condivisibile che il ricavato della liquidazione dei beni non strumentali costituisca parte dei flussi della continuità, i quali ultimi invece riguardano da un lato il ricavato

<sup>3</sup> In tal senso BOZZA, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione di beni*, in *Fall.* 2012, 775

<sup>4</sup> NARDECCHIA, *La cessione competitiva dell’azienda*, in *Fall.* 2017, 453; in giurisprudenza *ex plurimis* Trib. Trento, 6 luglio 2017, in [www.fallimento.com](http://www.fallimento.com) società.it; Trib. Bolzano, 17.5. 2016, in *Fall.*, 2017, 449

<sup>5</sup> Cfr. DE CECCO, *sub art. 182*, in NIGRO, SANDULLI, SANTORO, *La legge fallimentare dopo la riforma*, 2011, 2233 ss

<sup>6</sup> LA CROCE, in *Fall.*, *La liquidazione di beni nel concordato in continuità e la nomina del liquidatore giudiziale*, 2018, 35) sottolinea che se in tal caso si applicassero le forme previste per la cessione di cui all’art.182 l.f. (ed oggi art.114 CCI

della cessione dei beni oggetto dell'impresa; dall'altro la dismissione del magazzino<sup>7</sup>.

A proposito di quest'ultimo risulta ai nostri fini rilevante la relativa definizione.

Orbene per "magazzino" s'intende un concetto che giuridicamente va ricondotto a quello di rimanenza di cui alla disciplina codicistica relativa alle poste di bilancio. Non sempre peraltro sarà semplice distinguere ciò che rappresenta puramente una rimanenza, si pensi alle società immobiliari. Peraltro per esse quegli immobili che rappresentano le merci, il *core business*, saranno indubbiamente parte del magazzino, mentre quegli immobili che siano indicati in bilancio come "immobilizzazioni", quindi come beni strumentali, se alienati dovranno essere contemplati fra le attività liquidate anche ai fini della determinazione della prevalenza.

Dopodiché si pone l'ulteriore interrogativo relativo alla combinazione di tale criterio di selezione del magazzino con quello relativo alla cessazione dell'attività, poiché non potrà verosimilmente considerarsi in continuità quell'azienda (es. società immobiliare) che decida di non procedere a nuovi acquisti o nuove costruzioni, limitandosi a liquidare i beni che le rimangono.

Il magazzino comunque potrà essere ceduto anche in blocco, con criteri meramente liquidatori, se ciononostante l'azienda proseguirà il relativo corrispettivo sarà sempre da sommarsi al risultato della continuità.

E potrà anche essere ceduto a un soggetto diverso dal cessionario dell'azienda, o ceduto anche in ipotesi di continuità diretta, con analogo effetto.

Ebbene da quanto precede, ed ecco la rilevanza della riferita nozione in questa sede, discenderanno rigorose conseguenze in tema di atti di trasferimento dei beni, nel senso che a) ove venga ceduto un bene facente parte del magazzino in ipotesi di continuità aziendale, la compravendita sarà indubbiamente regolata dalla disciplina privatistica, non occorrerà alcuna autorizzazione od approvazione da parte degli organi della procedura; b) ove venga ceduto un bene non facente parte del magazzino, ma appunto costituente un'immobilizzazione, si dovranno seguire le regole della competitività specificamente indicate nel piano concordatario ovvero previste dal codice di rito, e l'atto, se posto in essere anteriormente all'omologazione, abbinerà dell'autorizzazione giudiziale; c) ancorché facente parte del magazzino, ma ove il piano non preveda la prosecuzione dell'attività, la cessione del bene non potrà essere sottratta alle regole della liquidazione e quindi ancora una volta della cessione tramite procedure competitive con le modalità appena sopra segnalate.

Tornando alla confutazione della tesi della sottrazione delle vendite in ambito di concordato con continuità alla regola generale della competitività, non è neppure condivisibile l'affermazione secondo cui applicando le regole della competitività, e in particolare quelle di cui all'art.114 CCI, alla liquidazione dei beni non strumentali, ciò comporti la qualificazione del concordato come misto, e quindi in violazione del principio di prevalenza della disciplina, come stabilito dall'art.84

<sup>7</sup> Con riferimento al magazzino ciò era abbastanza pacifico fin qui, ed era esplicitamente confermato nella prima versione dell'art. 84 CCI: proprio l'eliminazione di tale riferimento dal testo della norma risultante dal "correttivo" potrebbe peraltro deporre nel senso che anche il magazzino concorre a determinare la quota liquidatoria, tra l'altro con importanti riflessi sulla determinazione della natura del piano concordatario, cioè se con continuità o liquidatorio. Aspetto di non poco rilievo, soprattutto se si considera che per le società immobiliari i beni immobili oggetto dell'attività d'impresa formano parte del magazzino stesso. Allo stato ci atterremo qui all'opinione tradizionale.

CCI, e come ritenuto dalla giurisprudenza<sup>8</sup> anche con riferimento alla vigente disciplina della legge fallimentare.

In effetti la regola della competitività è immanente e di carattere generale per tutte le procedure concorsuali, allorché si debba procedere a liquidare dei beni, e questo si ricava dagli artt. 90 e 91 CCI (come già in precedenza dagli art. 163 e 163 bis, l.f.) laddove si sottopongono a competitività perfino le alienazioni rispetto alle quali è presente un'offerta, e addirittura la stessa proposta concordataria. E d'altronde la stessa cessione dell'azienda che caratterizza le ipotesi più rilevanti di continuità indiretta passa di necessità attraverso la procedura di offerta concorrente di cui all'art.90 CCI, il che a maggior ragione dimostra la perfetta convivenza fra l'applicabilità della competitività e la nozione di concordato in continuità.

I precedenti che ammettono nell'ipotesi di continuità l'esenzione dalla competitività<sup>9</sup>, si riferiscono in realtà a cessioni a soggetto predeterminato, indicato in piano, e si riferiscono significativamente ad epoca anteriore all'entrata in vigore della citata l. n.132/15 che ha introdotto fra l'altro l'art.163 bis l.f. in tema di offerte concorrenti.

L'applicabilità della disciplina di cui all'art.114 CCI all'ipotesi del concordato in continuità non significa anche la necessità di nomina di un liquidatore.

In effetti tale figura è senz'altro da ricollegarsi allo spossessamento conseguente al patto di cessione, che ovviamente nel caso della continuità non c'è, per cui sarebbe possibile procedere alla cessione, seppur con forme competitive, a mezzo dell'imprenditore, ovviamente sempre sotto sorveglianza del commissario<sup>10</sup>, vigilanza che si dovrebbe qui manifestare in maniera sicuramente penetrante (mancando fra l'altro come vedremo anche il potere autorizzatorio del comitato dei creditori). Diversamente però la giurisprudenza di legittimità<sup>11</sup>, la quale ha ritenuto che in tal caso si può anche nominare un liquidatore d'ufficio da parte del tribunale, perché ciò attiene a un aspetto meramente organizzativo che non incide sulla proposta. Se la decisione serve a ribadire il potere integrativo del tribunale rispetto alle lacune della disciplina di piano relativamente alle modalità di vendita competitiva, le argomentazioni suddette in ordine alla non necessità del liquidatore per queste ipotesi appaiono decisive. Tuttavia proprio in relazione alla natura competitiva della vendita, è evidente che la sentenza di omologazione dovrà dettare tutte quelle prescrizioni atte ad affidare al commissario il diretto controllo degli aspetti più spiccatamente procedurali delle vendite stesse, a parte l'opportunità che il piano gliene affidi la diretta gestione.

### **3. Le singole modalità di vendita. Vendite secondo il codice di rito e subentro.**

Cruciale risulta quindi il disposto del 5° co. dell'art.114 CCII (come già il citato art. 182, 5° co., l.f.), il quale disciplina le modalità delle vendite appunto tramite un rimando a quella della liquidazione giudiziale, salva sempre la formula della compatibilità.

Si tratta di un rinvio "in blocco", non di un richiamo di specifiche disposizioni, com'era invece nella tecnica adottata dall'art.182 l.f.

<sup>8</sup> Secondo la prevalente giurisprudenza andrebbe applicato al concordato misto la disciplina corrispondente alla componente prevalente in termini economici e funzionali: Trib. Alessandria, 18.1.2016 e quindi schiettamente quantitativi; in tal senso anche Trib. Monza, 26.7.2016

<sup>9</sup> Trib. Bolzano 10.3.2015, *Fall*, 2016,84

<sup>10</sup> LA CROCE, cit. 39

<sup>11</sup> Cass. 10.8.2017, n. 19925, in *Fall.*, 2018, 35

Ma a parte ciò anche in sede concordataria la dicotomia fra vendite secondo il codice di rito e vendite pur sempre effettuate secondo modalità competitive, ma in base a regole dettate in guisa speciale per la procedura.

La vera novità consiste qui però nel fatto che a differenza di quanto accadeva in base agli artt. 105 segg. l.f., la nuova disciplina delle vendite in materia di liquidazione giudiziale (artt.216 segg. CCI) prevede una serie di vincoli contenutistici piuttosto stringenti alle forme competitive non codicistiche previste dal piano, e volte ad assimilare sempre più tali forme a quelle del codice di rito.

Esiste però, in via preliminare, una regola fondamentale delle liquidazioni concorsuali la cui compatibilità con la disciplina concordataria dev'essere verificata subito.

Si tratta del disposto di cui all'art.216, 3° co., secondo cui "Il giudice delegato può disporre che le vendite dei beni mobili, immobili e mobili registrati vengano effettuate secondo le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili". Si noti la differenza con la disciplina di cui all'art.107 l.f. che affidava la scelta al piano concordatario, anziché appunto al giudice.

La pedissequa trasposizione di tale disposizione in materia concordataria però comporterebbe che, ancorché il piano prevedesse forme alternative di vendita competitiva, il giudice delegato potrebbe pur sempre disporre la vendita con le forme del codice di rito.

Ciò però non pare a chi scrive compatibile con la disciplina del concordato preventivo, poiché da un lato come noto il giudice delegato non ha funzioni di natura autorizzatoria per la fase esecutiva del concordato, pur dovendosi osservare l'importante potere surrogatorio conferito (però al Tribunale) dall'art.118 CCI in caso di inerzia del proponente; dall'altro, pur volendo ammettere che una scelta siffatta possa compiersi in sede di omologazione, o addirittura di ammissione, la stessa finirebbe per incidere ben oltre la potestà integrativa delle modalità, per finire con l'entrare nella stessa essenza della proposta.

Pare dunque più consono che la scelta delle modalità di liquidazione, se competitiva o secondo il codice di rito, spetti esclusivamente al proponente in sede di piano.

Potrebbe sembrare che la conclusione contrasti con la *ratio* sottesa alla modifica che rispetto al testo dell'art.107 l.f. ha comportato il nuovo testo dell'art.216 CCI, ma ciò dipende dalla diversità delle due procedure, e d'altronde il fatto che il proponente possa decidere che la liquidazione avvenga davanti al giudice non è esclusivo di questa disposizione come subito vedremo.

Naturalmente il giudice avrà altri strumenti che potranno essere utilizzati nell'ipotesi in cui, scelta dall'imprenditore la forma competitiva non codicistica, le modalità proposte siano giudicate non conformi o insufficienti: se si tratterà di aperto contrasto con la disciplina del codice della crisi, ed in particolare con quella dei vincoli imposti dall'art.216 alle modalità competitive, il tribunale potrà agire assegnando un termine per adeguare il piano già in sede di procedimento di ammissione, o anche sostituendo d'imperio le parti contrastanti; se vi saranno delle lacune colmabili, potrà il tribunale, eventualmente in sede di sentenza di omologazione, provvedervi con l'esercizio dei già ricordati poteri di integrazione (sui quali in generale *infra*, § successivo), pienamente confermati dalla codice della crisi ed in particolare dall'art.114.

Nei casi estremi in cui il piano risulti non emendabile o in cui l'imprenditore si ostini a non emendarlo, non resterà che la soluzione della declaratoria di inammissibilità ai sensi dell'art.47, 3° co., CCI.

Piuttosto la previsione di cui all'art.216, 3° co., CCI potrebbe essere utilizzata in altro senso, cioè allorché – a fronte di un piano pienamente fattibile e di una proposta seria e completa, l'imprenditore non avesse preveduto alcuna forma speciale di liquidazione.

In tale ipotesi ove il tribunale ritenesse che ciò sia dipeso da mera dimenticanza, ben potrebbe assegnare un termine per l'integrazione; mentre ove ciò fosse dipeso da un'implicita volontà di lasciare al tribunale la scelta delle forme, quest'ultimo dovrebbe verosimilmente orientarsi per la forma più completa ed oggettiva di vendita competitiva, e cioè quella prevista e disciplinata dal codice di rito, al cui rinvio in blocco potrebbe limitarsi in sede di sentenza di omologazione, proprio facendo richiamo alla scelta operata dal legislatore all'art.216, 3° co.

Se invece l'opzione del proponente fosse caduta sulle forme del codice di rito, va subito osservato che essa sarà molto meno distante che nel passato da quella "competitiva", essendo a quest'ultima estesa come detto una serie rilevante di disposizioni ricalcate su quelle del codice di rito. Comunque in caso di vendita in base alle norme del codice di procedura resta ferma la clausola di compatibilità che, analogamente al caso della vendita competitiva (per la quale ormai la compatibilità risulta sostanzialmente omologata la presente) determinerà di necessità che gli atti del curatore-delegato saranno reclamabili ai sensi dell'art. 133 CCI (esattamente come in passato lo erano ai sensi dell'art.36 l.f.), trattandosi di una vendita che si svolge pur sempre da parte del curatore in ambiente concorsuale, laddove ovviamente ove si scelga di delegare un terzo soggetto il reclamo andrà effettuato ai sensi dell'art.591 ter cpc.

Quanto alle norme del codice di rito non applicabili, certamente appaiono tali quelle sull'assegnazione ai creditori, dal momento che l'istituto in parola conferisce un diritto specifico al creditore nell'ambito di un'esecuzione individuale, in cui egli ha anche poteri (reali o potenziali) d'impulso, laddove nel nostro caso si versa in una procedura concorsuale in cui tutta l'attività d'impulso è affidata ad un organo specifico, il curatore o, nel caso del concordato, il liquidatore.

In ogni caso tanto l'art.107 della legge fallimentare quanto l'art.216 CCI, in quanto rispettivamente applicabili in virtù degli artt. 182, 5° co., l.f. e dell'art.114 CCI, fanno riferimento alle "vendite", laddove la sezione III del capo IV del libro III del cpc si riferisce alla "vendita e assegnazione", per cui il richiamo delle citate disposizioni concorsualistiche al codice stesso deve ritenersi limitato soltanto alle norme inerenti la vendita.

Risulta poi certamente applicabile l'art.568 cpc, ma non direttamente l'art.567 cpc, posto che si tratta di una disposizione che disciplina gli allegati all'istanza di vendita, che qui non è prevista. Certo però che trattandosi pur sempre di vendita forzata, non può che garantirsi anche in questa sede un controllo formale della continuità delle trascrizioni (e del resto risulta applicabile l'art.173 bis disp. att. cpc, e pertanto i relativi documenti che deve consultare il perito devono essere presenti), controllo che è presupposto nell'ordinanza di vendita. Il che ovviamente – attese le premesse - non esime l'ufficiale rogante, nelle ipotesi in cui debba provvedere egli all'atto traslativo (cfr. *infra*), dallo svolgere gli usuali controlli e le verifiche che gli competono di norma.

In ordine all'art.569 cpc tale norma è applicabile, ma il provvedimento che dispone la vendita sarà in realtà un decreto, non un'ordinanza in senso proprio, visto che viene adottato dal giudice delegato *inaudita altera parte*.

Nessun problema invece sull'applicabilità tanto alla materia fallimentare che alla liquidazione giudiziale e quindi al concordato della disciplina inerente l'asta e l'eventuale gara, nonché le offerte (s'intende, esclusa per quanto detto tutta la problematica dell'interazione fra offerte ed istanza di assegnazione).

Risultano poi compatibili le disposizioni di cui agli artt. 585-587 cpc. In proposito è evidente che il disposto dell'art.216, 8° co., CCI, in tema di vendita rateale, sono riferite alle vendite competitive, non a quelle disciplinate dal cpc.

Peraltro, a proposito dell'art.585 cpc, mi pare di difficile applicazione il disposto del 2° co., in base al quale in caso di aggiudicazione al creditore ipotecario o ad un aggiudicatario stato autorizzato ad assumersi il debito garantito da ipoteca, lo stesso con autorizzazione del giudice può versare solo la parte del prezzo occorrente per le spese e per la soddisfazione degli altri creditori che potranno risultare capienti.

In effetti nel caso delle procedure concorsuali, la porzione delle spese che grava sul bene ipotecario deve ricomprendere anche una porzione di quelle di carattere generale<sup>12</sup>, la cui determinazione in sede di vendita non risulta sostanzialmente possibile. D'altronde risulta non

<sup>12</sup> Di tale principio si ha ampio riscontro giurisprudenziale (cfr. Cass. 11.1.1995, n.251, in *Fall.*, 1995, 828).

Sulle spese generali una dottrina (RUGGIERO, *sub art. 111 ter*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, II, Bologna, 2007, 1852) ha ritenuto che la dizione espressa dell'art.111 *ter*, 3° co., l.f., significhi che automaticamente, senza alcuna verifica nel caso concreto, si debba far gravare sul bene ipotecato una percentuale delle spese generali corrispondente all'incidenza dello stesso sul totale dell'attivo, determinando il tutto sulla base del ricavato complessivo (al lordo delle spese).

In effetti la norma in parola fa esplicito riferimento al criterio di "proporzionalità", ma a mio avviso ciò non nega l'attuale riferibilità a elementi ritraibili dalla concreta fattispecie, come ha sempre ritenuto la giurisprudenza, sebbene anteriormente all'entrata in vigore della norma (sul punto già Cass. 29.10.1968, n.3609; il riferimento alla necessità di far capo a specifiche utilità per il creditore ipotecario risale addirittura a Cass. Roma 20.2.1939, n. 575; da ultimo Cass. 11500/2010; l'art.111 *ter* l.f. è stato introdotto dall'art.100 del dlgs 9.1.2006, n.5, ed è quindi applicabile alle procedure aperte successivamente al 16 luglio 2006).

La richiamata giurisprudenza ha sempre dettato come criterio per la determinazione quello della percentuale di incidenza del ricavo dal bene ipotecato sull'intero attivo solo in mancanza di specifici elementi, che però vengono individuati nella verifica dell'utilità delle spese generali per il creditore garantito. Nel caso del concordato se il criterio proporzionale suddetto potrebbe essere agevolmente applicato al compenso del liquidatore, per quanto si riferisce il commissario (tra le spese generali fa riferimento agli onorari degli organi concorsuali Cass. 6.6.1997, n. 5104) occorrerà piuttosto tener conto dell'attività di vigilanza dallo stesso svolta sul bene (e addirittura quella di gestione e liquidazione posta in essere eventualmente dallo stesso nella fase anteriore all'omologa). Ma ben difficilmente potranno essere poste a carico proporzionale dell'ipotecario le spese di attestazione del piano, quelle di assistenza legale del proponente, nonché la prededuzione disciplinata dagli artt. 182 *quater* e 182 *quinquies* l.f. (la finanza prededucibile), strumentale com'è ad altro che non sia la realizzazione della garanzia del creditore ipotecario. Così pure vale per la prededuzione formatasi ai sensi dell'art.161, 7° co., l.f. (crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente posti in essere durante la fase della prosecuzione dell'attività in pendenza della domanda). In fondo, come afferma il SC (Cass. 251/1995 cit), va ricordato che le utilità per il creditore ipotecario non possono essere individuate nell'esistenza stessa della procedura concorsuale; la quale è, anzi, per molti aspetti, subita dagli stessi, in quanto la garanzia che assiste il loro credito assicurerebbe, comunque, il soddisfacimento delle loro ragioni, anche mediante l'esecuzione individuale.

In materia concordataria in ordine alle spese specificamente riferibili all'amministrazione ed alla liquidazione si scontrerà il fatto che non si ha se non uno spossessamento attenuato, caratterizzato dal fatto che il bene rimane nella fisica disponibilità del debitore fino alla sua liquidazione, pur con i limiti derivanti dai poteri gestori del commissario (fino all'omologa) e successivamente del liquidatore, i quali non possono esercitare un potere dispositivo che esorbiti le previsioni del piano concordatario

Questo però non comporterà che le spese di gestione (es. imposte locali, custodia, spese condominiali) saranno estranee perché comunque la gestione stessa verrà effettuata sì dall'imprenditore nei limiti suddetti, ma nell'ottica liquidatoria. Senza meno poi graveranno sul ricavato le spese strettamente connesse alla liquidazione (quindi il compenso per il delegato, spese di pubblicità e di trasferimento in quanto gravanti sulla procedura). Per la specifica ipotesi del concordato, a quelle suddette si aggiungeranno i costi di stima e quelli per la relazione di cui all'art.160, 2° co., l.f., quest'ultima indispensabile al fine della valutazione dell'entità di credito da soddisfarsi al privilegio.

*Mutatis mutandis*, le cose non cambiano affatto con il codice della crisi, che riproduce la stessa disciplina all'art. 223.

possibile il pagamento al di fuori di una procedura di riparto, che tra l'altro dovrebbe essere disciplinata dal piano.

Ancorché non contemplata nella sezione III del capo IV del libro III del codice di rito, ma in quanto intimamente connesso alla vendita forzata, risulta applicabile anche l'istituto dell'ordine di liberazione di cui all'art.560 cpc, del resto ammesso dalla giurisprudenza anche in caso di vendita competitiva, ed oggi come vedremo espressamente previsto per tale ipotesi dall'art.216 CCI.

Invece deve escludersi, al pari di tutte le norme che prevedono estinzioni o chiusura anticipata, la disposizione di cui all'art.631 bis cpc, dovendosi in proposito piuttosto ritenere che la violazione dei relativi obblighi di pubblicità sul portale da parte del liquidatore, ne comportino la responsabilità fino a determinarne la revoca.

Si tratterà invece della disciplina della cancellazione nell'ultimo paragrafo, cui sul punto si fa rinvio.

Infine non può non sottolinearsi l'esistenza di una disposizione indubbiamente applicabile sia alle vendite competitive che a quelle disciplinate dal codice di rito.

In effetti l'art.216, 4° co., CCI, prevede per tutte le tipologie di vendite concorsuali che le stesse siano effettuate non solo con modalità telematiche, ma (il che costituisce la novità) tramite il portale delle vendite pubbliche. Si deve infatti notare che in base al codice di rito quest'ultimo va utilizzato solo per la pubblicità prevista dall'art.490, 1° co., cpc, ma non si dispone che anche le vendite vengano effettuate sul portale, anzi in proposito si procede attraverso la figura del gestore della vendita.

Se tale norma entrerà effettivamente in vigore, occorrerà riconsiderare l'intero impianto della vendita telematica così come finora effettuato.

#### **4. Vendite competitive. Subentro.**

Ove invece si optasse per le forme competitive, al di là delle prescrizioni che saranno indicate nel piano, vengono in rilievo i vincoli imposti dall'art.216 CCII, anch'essi peraltro oggetto della clausola di compatibilità di cui all'art.114, 4° co., CCII, ed anzitutto quello della preventiva stima a cura di un perito dei beni da cedere.

Salvo ovviamente il fatto che qui la nomina del perito andrà effettuata dal commissario, la disposizione appare perfettamente compatibile, dal momento che – al di là della stima che avessero effettuato ai fini del piano i periti nominati dall'imprenditore – è evidente la necessità che la stessa sia ripetuta da un esperto nominato da un organo della procedura.

Chiaramente ove quest'ultimo, ai fini delle sue valutazioni anteriori all'omologazione, avesse già provveduto a far stimare il bene, si potrà far capo a tale precedente perizia.

Anche tale stima dovrà peraltro avere i contenuti espressamente richiamati di cui all'art.173 *bis* disp. att. cpc, ritenuti evidentemente minimali dal legislatore per dare all'interessato una informazione completa.

Proprio il richiamo dell'art.173 *bis* disp. att. cpc implica che i documenti necessari in base a tale norma siano presenti e del resto ciò è conforme, come già detto a proposito della vendita effettuata in base alle norme del codice di rito, alla natura forzata della vendita e al conseguente, necessario controllo formale della continuità delle trascrizioni.

Le cose stanno sostanzialmente nello stesso senso anche per le vendite competitive disposte in virtù del vigente art.107, 1° co., l.f., la qual norma, che pure non richiama espressamente l'art.173

bis disp. att. cpc, cit, tuttavia prevede pur sempre da un lato una vendita forzata, e dall'altro la previa "stima" del bene da parte di operatori esperti, il ch  di fatto implica la necessit  dell'esame della documentazione indicata dalla suddetta disposizione e quindi dall'art.567 cpc.

Perfettamente compatibile appare poi l'esenzione dalla stima per beni di modesto valore, per i quali sar  allora sufficiente come prezzo base quello offerto da un eventuale interessato ed in ogni caso quello indicato dall'imprenditore nella stima che avr  fatto effettuare ai fini della presentazione del piano concordatario.

Va solo chiarito che la modestia del valore non andr  riguardata con riferimento ai singoli beni, ma al loro genere, di talch  seppur essi singolarmente presi siano di valore modesto o modestissimo, ma appartengano ad un genere di cui il concordato dispone in gran copia fino a raggiungere valori ragguardevoli, l'obbligo di stima   sicuramente configurabile.

Non si crede invece di dover spendere altre parole sulle forme di trasmissione telematica della perizia, su cui come sempre il codice insiste in maniera fin troppo dettagliata.

Pianamente applicabile risulta anche la disposizione in ordine alla liquidazione (a cura del giudice delegato) del compenso del perito, che va effettuata sulla base del disposto di cui all'art.161, 3<sup>o</sup> co., disp. att. cpc. Viene meno quindi, anche per la materia concordataria, l'interpretazione, del resto inaccettabile, secondo cui in materia concorsuale non si applicherebbe la regola della determinazione del compenso sulla base dell'effettivo ricavo.

Pi  complesso l'adattamento del disposto di cui al 2<sup>o</sup> co. dell'art.216 CCI, non tanto laddove si prevede che le vendite competitive possano essere effettuate avvalendosi di soggetti specializzati, sul quale aspetto di particolare qui non c'  molto da dire. Notoriamente si tratta dell'ipotesi in cui sia il curatore (non il g.d., che si limita qui ad autorizzare) a conferire una delega appunto a soggetti "specializzati", volendosi alludere specialmente al gestore della pubblicit <sup>13</sup> (e forse con l'obbligatoriet  delle forme telematiche, al gestore della vendita telematica).

Significativamente viene invece meno l'ulteriore riferimento contenuto nell'art. 104-ter, 4<sup>o</sup> co., l.f., in base al quale "alcune incombenze" della procedura di liquidazione possono essere affidate sempre dal curatore a societ  specializzate o a professionisti, tra i quali ultimi sarei perplesso se si considerasse l'atto di trasferimento<sup>14</sup>, che invece come vedremo rientra nella tipologia ordinaria dell'attivit  notarile, ma appunto oggi la problematica viene meno per l'eliminazione del riferimento.

Invece le questioni di difficile adattabilit  alla materia concordataria attengono piuttosto alle "modalit " di vendita stabilite dal g.d.

La disposizione prevede infatti che nel momento in cui il curatore chiede l'autorizzazione alla vendita, ferme le forme stabilite nel programma di liquidazione (nel nostro caso invece nel piano concordatario), il giudice stabilisce le modalit  nell'ambito di una propria ordinanza.

Non pare per  che tali forme siano traslabili in ambiente concordatario. Come detto in sede di esecuzione del concordato il giudice non ha un generale potere autorizzatorio: ogni potere di tal sorta viene esercitato una volta per tutte in sede di omologazione. Pertanto le modalit  vanno

<sup>13</sup> In tal senso CRIVELLI, *Il portale delle vendite pubbliche e le vendite forzate telematiche nella prospettiva delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2018, 401.

<sup>14</sup> In altri termini non si ritiene che questo strumento sia quello a cui ricorrere per conferire l'incarico al notaio di confezionare l'atto di trasferimento. Per la positiva ma in termini dubitativi D'ADAMO, *Le vendite competitive*, cit., 7 ss., ma pare piuttosto con riferimento in genere alle operazioni di vendita

indicate nel modo più dettagliato possibile in sede di piano, e poi eventualmente integrate come già detto dal tribunale in sede di sentenza di omologazione, ma deve escludersi che prima della concreta vendita si debba chiedere al g.d. l'emissione di un'ordinanza.

L'art.216 CCI come appena visto stabilisce per le liquidazioni concorsuali un principio tutt'affatto nuovo, e cioè la possibilità che le vendite, ancorché effettuate nelle forme competitive (in contrapposto a quelle codicistiche cioè) avvenga anche nella forma della delega al professionista.

E' noto infatti che vigenti gli artt. 182 e 107, l.f., la delega delle operazioni di vendita era riservata al caso in cui la vendita fosse effettuata a norma del codice di rito. L'ampia dizione del testo dell'art.216 invece rende altrettanto evidente che ormai anche l'altra forma della vendita può prevedere la delega.

Ciò però, pare di capire, è collegato al fatto che sempre, anche in caso di vendita competitiva, la stessa viene disposta a mezzo di provvedimento del g.d., il quale potrà allora scegliere di delegare le operazioni. E' quindi comunque escluso che la scelta di delegare sia rimessa al curatore.

Ma qui abbiamo appena concluso nel senso che invece la vendita concordataria non avviene mai a mezzo di ordinanza, e quindi venendo meno il presupposto vien meno anche la conseguenza: nella vendita concordataria la delega sarà possibile solo ove il piano preveda la vendita in base alle norme del codice di rito.

Data l'alternativa prevista dalla norma (delegato o curatore, qui da leggersi liquidatore), sarà ovviamente quest'ultimo ad occuparsi della vendita stessa.

In accordo col sesto comma dell'art.216 CCI, le modalità stabilite dal piano debbono prevedere almeno tre esperimenti di vendita all'anno e, dopo il terzo andato deserto, la possibilità di ribasso fino al limite della metà dell'ultimo prezzo, la cui scelta è rimessa al liquidatore (o all'imprenditore in caso di beni non strumentali nell'ambito del concordato in continuità).

Identica regola vale per l'avviso ai creditori iscritti che il liquidatore dovrà dare ai sensi dell'ultimo periodo del 3° co.

Altrettanto vale per la regola di cui al 4° co., secondo il quale le vendite devono essere effettuate con forme telematiche, salvo ciò sia contrastante con l'interesse dei creditori o con la sollecita definizione del procedimento.

Scontata quindi ormai l'applicabilità del d.m. n. 32 del 2015, qualche interrogativo rimane. Anzitutto sulla competenza di scelta del gestore delle vendite, che per il decreto in parola dev'essere effettuata dal giudice.

La soluzione più agevole è costituita dall'indicazione dello stesso in sede di sentenza di omologazione da parte del tribunale, mentre appare più difficoltoso rimettere la stessa al liquidatore o anche al commissario, visto che la scelta in parola sottende non solo un potere giudiziale ma una regola di "rotazione degli incarichi" del tutto estranea a tali ultime figure.

Analogamente non si comprende bene chi debba decidere la compatibilità in concreto delle forme telematiche con l'interesse dei creditori e la sollecita definizione del procedimento. Qui pare proprio che il sindacato ultimo spetti al tribunale (in sede di omologazione): se cioè il piano prevedesse la forma analogica ritenendola preferibile per tali ragioni, non dovrebbe essere sottratto al tribunale di decidere altrimenti; e così all'opposto, sempre il tribunale potrebbe stabilire le forme analogiche individuando gli estremi di tali interessi contrari.

Se poi simili interessi si manifestassero dopo l'omologazione, non vi dovrebbe essere alcuna difficoltà a sottoporre la questione al giudice delegato.

Non diversamente da quanto sopra detto vale per la pubblicità sul portale: se non prevista nel piano sarà disposta in sede di omologazione; nella cui sede potranno anche disporsi le pubblicità di ulteriori documenti (nel caso di applicabilità diretta dell'art.490, 1° co., cpc invece va pubblicato sul portale solo l'avviso di vendita, però contenente tutti i dati che possono interessare al pubblico), e la previsione di ulteriori forme di pubblicità ritenute opportune rispetto a quelle determinate in sede di piano (però senza il limite sia di oggetto che di valore di cui all'art.490, 2° co., cpc). Va però sottolineato che il documento base da pubblicizzarsi, per quanto detto sopra, non sarà l'ordinanza del giudice, ma bensì l'avviso di vendita che avrà confezionato il liquidatore, sotto la vigilanza del commissario, in piena conformità col piano e con le integrazioni contenute nella sentenza. Quanto all'urgenza di ridurre il termine di pubblicità, stabilito per legge in generale in trenta giorni, anche qui ricorrendone la necessità la decisione andrà rimessa al giudice delegato.

Va poi ritenuto che termine per l'offerta (dovrà esser prevista come valida anche quella cd "minima", che così fa il suo debutto anche in materia concorsuale) ed entità della cauzione, nonché per la modalità di versamento del prezzo e termine relativo siano stabilite nel piano; in mancanza di disciplina di piano siano oggetto di integrazione da parte della sentenza di omologazione, dovendosi escludere che le stesse possano essere stabilite dal liquidatore o dal commissario.

Altrettanto dovrà essere il piano a prevedere la possibilità di rateizzazione del prezzo, ma ciò fatto si dovranno seguire le direttive di cui al comma 8° mentre pare priva di controindicazioni l'applicabilità dell'art.585 cpc.

Quanto all'art.587 cpc, in tema di decadenza dell'aggiudicatario, quest'ultima consegue alla natura perentoria del termine per il versamento del saldo prezzo ivi implicitamente stabilita (laddove si richiama la decadenza dell'aggiudicatario ammesso alla rateizzazione in caso di mancato pagamento entro dieci giorni anche di una sola rata).

Appare anche qui perfettamente possibile la competenza giudiziale alla pronuncia del decreto stesso, ma va avvertito che il giudice non stabilirà direttamente la nuova vendita, che compete invece al liquidatore con proprio avviso. Il richiamo in effetti è relativo al solo secondo periodo del primo comma, inerente la decadenza in caso di pagamento rateale, ma proprio per questo deve intendersi applicabile anche il disposto della prima parte della norma.

Per quanto si riferisce all'ordine di liberazione, esso è direttamente previsto ormai dall'art.216 come provvedimento del giudice delegato. Deve in proposito rimarcarsi che la relativa previsione, come modificata rispetto all'originale testo a cura del correttivo, ridonda quasi letteralmente il disposto dell'art.560 cpc nella versione antecedente le modifiche apportate dalla l. n.12/19, con la conseguenza tra l'altro di operare una divaricazione fra l'ordine da emettersi in questo caso e quello nell'ipotesi di vendita secondo il codice di rito, che è disciplinato invece dall'art.560 cpc nel testo vigente.

Pare in ogni caso però che, in caso di vendita di beni non strumentali nel concordato in continuità, non sia possibile l'emissione dell'ordine di liberazione, essendo la vendita come detto di competenza dell'imprenditore sotto la vigilanza del commissario. Le cose però anche qui dovrebbero cambiare in caso di inerzia del debitore; ove ciò si verificasse infatti, a mente dell'art.118, 4° co., CCI interverrebbe il potere surrogatorio del tribunale, che potrebbe stabilire la vendita venisse effettuata a cura del commissario. In tal caso su richiesta del commissario stesso il giudice delegato potrà emettere l'ordine di liberazione.

La previsione dell'ordine di liberazione e, nel caso della continuità, l'applicabilità dell'art.118, 4° co., CCI, superano del tutto le diatribe che in passato erano sorte circa l'ipotesi in cui il debitore

non consegnasse poi i beni da liquidarsi al liquidatore, con conseguente necessità di ricorrere alla procedura di rilascio di cui all'art.608 cpc, ovvero all'instaurazione del sub-procedimento di risoluzione ove non si ritenesse applicabile la prima soluzione<sup>15</sup>. Rimarrebbe forse l'interrogativo circa le cose mobili, e quindi si potrebbe forse sostenere l'applicabilità dell'esecuzione per consegna prevista dall'art.606 cpc, soluzione che appare anch'essa superata oggi grazie al già richiamato disposto di cui all'art.118, 4° co. CCI, ed al conseguente esercizio del potere surrogatorio da parte del tribunale. Certo che qui, una volta investito il commissario del potere di alienare direttamente le cose mobili, ove le stesse fossero ancora detenute dal debitore non vi sarebbe alternativa all'applicazione della disposizione del codice di rito appena citata.

Ma che cosa accade ove il piano contrasti con le vincolanti disposizioni di cui all'art.216 CCII (così come con quelle di minor portata di cui all'art.105 l.f.)?

Appare evidente che il tribunale in tal caso possa sostituire d'imperio quelle contrastanti con le stesse, conformemente alla regola generale dettata in materia di norme imperative<sup>16</sup>, ed in particolare la giurisprudenza ha ritenuto che il tribunale sia dotato del potere di integrazione anche quando ciò sia necessario al fine di consentire il rispetto delle prescrizioni di legge.

In altri termini, e più in generale con riferimento ai poteri integrativi del tribunale, deve dirsi che da un lato le modalità dettate dal piano non possono contrastare con le regole fondamentali, ed in particolare con quelle che prevedono la competitività, e dall'altro le integrazioni dettate dal tribunale non devono giungere a sovrapporsi ed incidere sul contenuto del piano proposto ed approvato dai creditori<sup>17</sup>.

Circa i rimedi avverso i provvedimenti integrativi che esorbitino dai limiti così stabiliti, si è in passato ritenuto che il relativo decreto di omologazione fosse revocabile ai sensi dell'art.742 cpc<sup>18</sup>, ovvero a mezzo di reclamo in caso di opposizioni.

Oggi il provvedimento assumerà la forma della sentenza, avverso la quale è ammesso senz'altro reclamo ex art.51 CCI.

L'art. 216, 10° co., dà poi al curatore la possibilità di scegliere il subentro nella procedura esecutiva eventualmente in corso.

Non v'è ragione per escludere *a priori* l'applicabilità della disposizione anche in caso di concordato, salvo però che la scelta non spetterà al liquidatore, perché essa è troppo ricollegata alle modalità e di fatto alla stessa proposta per essere lasciata alla fase esecutiva, per le stesse ragioni per cui si è sopra concluso per le altre modalità di liquidazione.

Dunque la scelta stessa dev'essere effettuata a monte, in sede di piano.

Ben difficilmente, grazie al blocco delle azioni che si avrà quasi certamente a mente degli artt. 54 e 55 CCI<sup>19</sup>, la necessità di decidere se subentrare non potrà sorgere di norma in corso di procedura; ma anche dopo l'omologazione la situazione sarà identica, perché la relativa sentenza vincolerà

<sup>15</sup> per la rassegna delle questioni LO CASCIO, cit. 677

<sup>16</sup> Cass.15.7.2011, n. 15699, in *Fall*, 2011, 1291

<sup>17</sup> In tal senso Trib. Napoli 2.7.2010, BBCT, 2012, II, 500

<sup>18</sup> CC 28.8.1995/9030, in *Fall*, 1996, 69

<sup>19</sup> In base all'art.54 *l'automatic stay* è per il codice della crisi, a differenza che per la legge fallimentare, subordinato all'istanza di parte e deve essere oggetto di espresso provvedimento da adottarsi entro trenta giorni a pena di inefficacia della misura (art.55); in ogni caso la misura avrà durata massima di dodici mesi stabilita dall'art.8 CCI

ormai i creditori alla proposta ed al soddisfacimento endoconcorsuale, almeno fino alla risoluzione del concordato.

Chiaro che lo svolgersi della vendita nel caso del subentro anche rispetto a quella in base alle norme del codice di rito è assai differente; intanto nel primo caso essa sarà posta sotto la direzione del giudice dell'esecuzione, mentre la seconda lo sarà sotto quella del giudice delegato; nel primo caso poi non v'è alcuna clausola di compatibilità e quindi si applicherà in ogni caso la disciplina codicistica. Anche sotto il profilo delle impugnazioni le cose staranno in termini ben diversi, perché avverso gli atti del g.e. si potrà promuovere l'opposizione agli atti ai sensi dell'art.617 cpc; mentre nell'altra ipotesi gli atti del g.d. saranno impugnabili ai sensi dell'art.124 CCI. Ancora, nel caso di subentro il liquidatore sarà assoggettato a tutti gli oneri di parte, inclusa l'iscrizione a ruolo (se ancora non effettuata); la proposizione degli atti propulsivi a pena di estinzione (tra cui l'istanza di vendita e l'iscrizione a ruolo, se non ha provveduto prima il creditore precedente), il tempestivo deposito della documentazione di cui all'art.567 cpc ecc.

Inoltre, se è vero che il pignoramento avrà effetto sulla opponibilità degli atti di disposizione del bene anche a vantaggio della massa dei creditori, eventuali fatti estintivi sia anteriori che posteriori al subentro faranno venir meno tale effetto.

In tal caso la liquidazione quindi dovrà essere promossa in sede concordataria, ma l'atto cui dovrà farsi riferimento ai fini dell'opponibilità degli atti dispositivi sarà proprio il decreto di apertura della procedura regolarmente trascritto.

Ritengo peraltro che almeno la disciplina dell'assegnazione sia inapplicabile anche a tale ipotesi, per l'incompatibilità che sussiste fra tale istituto e la procedura concorsuale instaurata.

Altrettanto pare inapplicabile la disciplina di cui all'art.624 *bis* cpc, in tema di sospensione volontaria, posto che non è compatibile anche qui con la disciplina concorsuale, ed in particolare col principio della *par condicio creditorum*, che gli organi concorsuali consentano a una sospensione delle operazioni di vendita. Non può invece escludersi la possibilità di una sospensione in conseguenza di un'opposizione, sia perché ad esempio sia stata proposta un'opposizione di terzo ex art.619 cpc, dal momento che in sede concordataria non si procede (a differenza di quanto accade in sede fallimentare) ad accertare né crediti né diritti reali; sia perché potrebbe essere proposta opposizione ai sensi dell'art.617 cpc.

Alla luce di tutte le regole che si sono qui rassegnate occorre ora verificare la natura delle vendite concordatarie, se cioè ad esse possa riconoscersi natura pubblicistica o privatistica.

### **5. Vendite anteriori all'omologazione.**

Se le vendite d'ordinario avvengono a cura del liquidatore in sede di esecuzione del concordato (quindi dopo l'omologazione), la normativa prevede anche la possibilità che esse vengano autorizzate fin dalla fase prenotativa (art.46 CCI e 161 l.f.), cioè allorché neppure sono stati depositati il piano e la proposta; nella fase successiva all'ammissione ma anteriore all'omologazione (art.94, 5° co. e 167, l.f.) e infine nella fase esecutiva, ma allorché la figura del liquidatore non sia prevista, ma occorra procedere a delle liquidazioni (in particolare nel caso di concordato in continuità).

Con riferimento alle vendite effettuate successivamente all'ammissione ma prima dell'omologazione, la materia è disciplinata ora dai commi 5° e 6° dell'art.94 CCI. L'ambito di

applicazione della norma si ricava in particolare dal disposto di cui al 1° co., e pertanto si tratterà delle alienazioni e degli affitti d'azienda che verranno posti in essere fra la data di presentazione della domanda di accesso al concordato (quindi ben prima dell'ammissione, disposta infatti col decreto d'apertura all'esito della fase indicata prima come prenotativa) e quella dell'emissione della sentenza d'omologazione.

Va però subito precisato che la norma non è la sola a governare tali atti.

In effetti la stessa va letta – per la fase che va dal deposito della domanda fino all'ammissione (la fase prenotativa o "in bianco" insomma), con il disposto di cui all'art.46 CCI, con particolare riguardo ai primi tre commi, che prevedono la disciplina dell'autorizzazione per gli atti di straordinaria amministrazione posti in essere nel periodo anteriore all'omologazione.

In tale fase, in aggiunta al modulo competitivo, occorrerà l'autorizzazione del tribunale in composizione collegiale previo parere del commissario, e in più – mancando il piano – occorre che la relativa istanza sia corredata da informazioni sul contenuto di questo.

Per gli atti posti in essere tra l'apertura della procedura e l'omologazione occorrerà invece l'autorizzazione del giudice delegato (che avrà già il piano e la proposta, però non ancora approvati dai creditori) prevista dall'art.94, 3° co., CCI.

Anche per tali alienazioni, sia quelle anteriori all'apertura, sia quelle posteriori alla stessa ma anteriori all'omologazione, si applicheranno le disposizioni in tema di cessioni previste dalla disciplina della liquidazione giudiziale, come dispone l'art.114, 4° co., CCI.

Con tale complessa disciplina (sintomatica della tendenza del legislatore del codice della crisi ad assecondare una non banale sensibilità sistemica coniugata talora a una non immediata tecnica di rinvio interno) si tende ad assimilare l'atto di alienazione agli altri atti di straordinaria amministrazione compiuta nelle varie fasi del procedimento concordatario, anteriori appunto alla sentenza di omologazione, in particolare sottoponendoli all'autorizzazione del Tribunale prima dell'apertura e del giudice delegato dopo la stessa.

La necessità di tale autorizzazione giudiziale, che caratterizzava già i corrispettivi atti di alienazione previsti per queste fasi dalla legge fallimentare, si giustifica pienamente con la circostanza che in un caso (quello della fase ante apertura) non c'è ancora un piano ed una proposta che abbiano superato il vaglio di ammissibilità (anzi spesso nella prima fase non ci sono proprio ancora né l'uno né l'altra); e nell'altro (il caso del piano e della proposta ammessi ma non omologati) gli stessi non hanno ancora ricevuto il voto favorevole del ceto creditorio, né hanno superato il vaglio di omologazione.

Quando invece tutto questo è avvenuto, cioè appunto dopo la sentenza di omologazione, non occorre più un'autorizzazione in quanto l'atto risulta già contemplato dalla proposta approvata ed omologata, e casomai si avranno gli atti di vigilanza di portata ben più ridotta tipici della fase esecutiva (cioè il parere del commissario e l'autorizzazione del comitato dei creditori).

Deve peraltro osservarsi che la liquidazione stessa avviene di norma all'esito del decreto di omologa, e quindi può essere prevista anche in precedenza solo ove adeguatamente motivata.

Come detto dovrà applicarsi, anche qui, il modulo competitivo previsto specificamente per la liquidazione giudiziale, come disposto dall'art.114, 4° co., CCII, il che anche dal punto di vista sostanziale rappresenta una novità rispetto al passato in cui invece a parte la regola della competitività non vi era altro vincolo specifico, per cui si doveva ritenere che le forme fossero quelle proposte, integrate dalle prescrizioni del Tribunale o del giudice delegato.

Sarà peraltro l'imprenditore a indicare la modalità, sottoposta all'autorizzazione del tribunale, che in genere coinciderà con quella "competitiva", quindi con i già esaminati vincoli di cui all'art.216 c.c., mentre la scelta della vendita secondo il codice di rito, per i tempi ristretti che generalmente caratterizzato tali alienazioni, sarà di ben rara opzione.

Di principio sarà anch'egli a gestire la vendita, pur sotto la vigilanza del commissario, ma il Tribunale od il giudice delegato ben potranno disporre, nell'ambito del provvedimento autorizzativo e tenuto conto del fatto che ancora i creditori non si sono espressi, che la stessa sia gestita direttamente dal commissario

Per quanto si riferisce alla selezione delle ipotesi in cui si può procedere alla vendita anteriormente all'omologazione, l'art.94 CCI, al 3° co. riferito a tutti gli atti di straordinaria amministrazione, indica specificamente il presupposto nel "miglior soddisfacimento dei creditori".

In precedenza gli artt. 161, 6° co. e 167, l.f., non stabilivano un criterio specifico, ma anche sotto il loro vigore era logico che a guidare il tribunale od il g.d. nel rilascio dell'autorizzazione in parola dovesse essere il miglior soddisfacimento dei creditori.

L'esplicito richiamo a quest'ultimo criterio peraltro giustifica la conclusione per cui tutte le teoriche secondo cui la concessione dell'autorizzazione doveva essere subordinata ad un controllo di mera legittimità vengono meno, dal momento che appunto deve riguardarsi in sostanza ad un dato che attiene alla convenienza per i creditori, in tutta coerenza del resto con il fatto che si permette di cedere un bene anteriormente all'approvazione del piano e della proposta da parte dei creditori.

Come pure osservato poi, nella fase del concordato cd "in bianco" o "con riserva" (art.46 CCI), a parte la competenza collegiale all'autorizzazione, v'è di particolare che non esiste ancora una proposta ed un piano, quindi manca la possibilità di conformare ad essi la forma della liquidazione, per cui si prevede che ove in questa fase si richieda un'autorizzazione a vendere, il presentatore dovrà fornire " idonee informazioni sul contenuto del piano o sulle trattative in corso" assumere ulteriori informazioni anche da terzi e acquisire il parere del commissario. Qui peraltro si indica come specifico presupposto sostanziale il fatto che l'atto potrà essere autorizzato solo ove possa venire pregiudizio dal ritardo, in ciò consistendo il requisito dell'"urgenza", dovendosi applicare un criterio indicato in materia di liquidazione giudiziale per l'analogo caso della vendita anteriore all'approvazione del programma di liquidazione, da una norma (art. 104 *ter*, 7° co., l.f., il cui contenuto è implicitamente presupposto anche dall'art.213 CCI).

Ciò significa che formalmente in tale fase non sarà sufficiente al fine di concedere l'autorizzazione la mera rispondenza dell'atto al miglior soddisfacimento.

In altri termini, mentre dopo l'apertura il giudice delegato dovrà valutare se la cessione effettuata dopo l'omologazione sia meno conveniente per i creditori, nella fase anteriore il tribunale dovrà astenersi dall'autorizzare salvo che valuti che attendere (si badi: non solo l'omologazione, ma anche solo l'ammissione), possa recare pregiudizio ai creditori.

Ulteriore cautela imposta dal legislatore per la fase "in bianco" è costituita dal parere obbligatorio del commissario (ovviamente se nominato).

È vero che anche dopo l'ammissione la prassi dei tribunali è nel senso dell'acquisizione del parere dello stesso, ma in questo caso la sua obbligatorietà determina la conseguenza che mancando lo stesso, il provvedimento autorizzatorio sarà illegittimo.

Ciò che comunque accomuna tutte le ipotesi di alienazione ed affitto anteriori all'omologazione è costituito dal fatto che esse vengono presentate come atti dell'imprenditore, laddove dopo la

sentenza d'omologazione, tranne il caso del concordato in continuità, costituiranno atti di un organo della procedura, cioè il liquidatore, e sono così soggetti alle limitazioni discendenti dal cd spossessamento attenuato, che appunto richiede per gli atti dispositivi e comunque di straordinaria amministrazione l'autorizzazione giudiziale<sup>20</sup>

Quanto agli effetti, è evidente che le cessioni poste in essere in assenza della prescritta autorizzazione sono colpite da inefficacia relativa<sup>21</sup>, peraltro da farsi valere nei confronti della procedura concordataria, ed eventualmente nella conseguente procedura di liquidazione giudiziale, ma non da parte del debitore tornato *in bonis*<sup>22</sup>.

L'alienazione non sarà dunque opponibile ai creditori anteriori, quindi concorsuali<sup>23</sup> e la procedura potrà procedere alla cessione del bene, ma qui occorre chiarire.

Trattandosi di atti la cui assenza di autorizzazione comporta o l'inammissibilità o la revoca, ci si domanda se sia ammissibile la loro ratifica postuma da parte del g.d. (o del tribunale).

La soluzione negativa si fa preferire poiché a ritenere il contrario si avrebbe una interpretazione che vanifica il portato della disposizione in esame, ma nulla impedisce che l'autorizzazione si desuma da un atto che la presupponeva e che dunque la costituisca pur in forma implicita<sup>24</sup>, mentre in generale la giurisprudenza è piuttosto generosa affermando che la natura di *condicio iuris* dell'autorizzazione non impedisce che la stessa sopravvenga alla stipulazione.

Comunque in difetto di tali forme di "sanatoria" a fronte di una cessione di tal fatta si avrà come normale conseguenza o la revoca dei termini ex art. 44, 2° co. o la revoca del decreto d'apertura ai sensi dell'art.106, CCI. Da ciò conseguirà normalmente l'apertura della liquidazione giudiziale ai sensi o del combinato disposto di cui agli artt. 44, 2° co., 49, 1° co; ovvero ai sensi dell'art.106, 3° co., CCI. Sarà dunque in quella sede che l'inefficacia dell'atto di alienazione si risolverà a vantaggio del ceto creditorio.

Per quanto si riferisce invece agli atti ordinari (e ce ne possono essere che comportano alienazioni, ove rientranti nel normale esercizio dell'impresa che, a prescindere poi dalla forma concordataria prescelta, può provvisoriamente proseguire fino all'omologazione) che si siano rivelati in contrasto con le finalità della procedura rendendola non ammissibile o determinandone la revoca, la questione attiene ai limiti della prededuzione formatasi nell' "esercizio provvisorio", cioè appunto nello svolgimento dell'attività imprenditoriale in attesa dell'omologazione.

Quanto al contenuto dell'atto autorizzatorio, si tratta di un provvedimento di volontaria giurisdizione di competenza monocratica del g.d., peraltro ferma restando la competenza collegiale per gli atti posti in essere anteriormente all'ammissione, come previsto dall'art.46 CCI, richiamato espressamente dall'art.94 CCII.

Come atto del g.d. lo stesso è reclamabile ex art.124.

Gli atti così autorizzati vanno esenti dalla revocatoria.

Non possono a questo punto non essere rimarcate due disposizioni, contenute rispettivamente agli artt. 46 e 94, CCI, che appaiono ridondanti rispetto al sistema delineato dal codice stesso.

<sup>20</sup> PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, 1974, 2248 ss.

<sup>21</sup> Cass.15.7.2004, n. 12286; id. 26.6.2001, n.8739

<sup>22</sup> Trib. Milano, 22.9.1994, *Fall*, 1995, 218; CANTELE, *Declaratoria di inefficacia dei pagamenti effettuati in pendenza di concordato preventivo mediante decreto ingiuntivo*

<sup>23</sup> BONSIGNORI, *Il concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca*, sub art. 167 l.f., 1979, 209)

<sup>24</sup> Trib. Verona 6.3.1991, *Fall*, 1992, II, 818

In particolare il 3° co dell'art. 46 CCI stabilisce che "Successivamente al decreto di apertura e fino all'omologazione, sull'istanza di autorizzazione provvede il giudice delegato". Si tratta infatti né più né meno dell'ipotesi disciplinata dall'art.94, 2° co. e (per quanto precipuamente qui interessa) 5° co., CCI in maniera compiuta e con anche l'indicazione esplicita dell'organo competente (appunto il g.d.).

Più complesso il significato della specificazione contenuta all'art.94, 5° co., in base al quale le alienazioni "sono effettuate tramite procedure competitive", laddove come già osservato l'art.114, 4° co., CCI sottopone senz'altro le stesse alla disciplina della liquidazione giudiziale in quanto compatibili. Qui infatti la disposizione si rende indispensabile per i piani che non abbiano ancora superato il vaglio di ammissibilità di cui all'art.47 CCI, e a maggior ragione quelli neppure ancora depositati, poiché la disciplina della vendita in sede di liquidazione giudiziale fa riferimento o alle forme di competitività stabilite dal programma di liquidazione, cui va nella nostra sede equiparato il piano, in tal caso non ancora presente o vagliato; o a quelle del codice di rito o ancora, se ne sussiste il presupposto della pendenza del processo esecutivo, al subentro nello stesso, scelta che però non è ancora stata sottoposta ai creditori. Trattandosi comunque di alternative tutte pienamente legittime, ove il piano sia stato già vagliato ben potrà interpretarsi la disposizione nel senso che la stessa consenta il rinvio al piano stesso; certamente ove la scelta del piano sia stato per autonome forme competitive, e lo stesso non sia ancora stato oggetto di vaglio ai sensi del richiamato art. 47 CCI, è logico che il Tribunale potrà qui intervenire sulle forme competitive, e ciò tra l'altro costituirà già un indirizzo per l'approvando piano.

Quanto poi all'azienda, va ricordato che le forme di cui all'art.94, 5° co., CCI, si applicheranno solo ove l'alienazione o l'affitto della stessa non saranno oggetto di una proposta con soggetto già individuato, ai sensi dell'art.90 CCI (offerte concorrenti), per la quale ipotesi si applicherà tale ultima disposizione.

Interessante poi il contenuto, innovativo rispetto alla pregressa disciplina, di cui al 6° co. in base al quale il tribunale può autorizzare in casi d'urgenza le alienazioni (e l'affitto d'azienda) senza far luogo a pubblicità e a procedure competitive quando può essere compromesso l'interesse dei creditori.

Due sono le essenziali cautele che prevede la norma per consentire alla deroga rispetto alla regola della necessaria competitività (che altrimenti si trova solo all'art.114 CCI con riferimento ai beni di modesto valore): la competenza collegiale dell'autorizzazione, riferendosi infatti la disposizione al "tribunale", e la previsione che del provvedimento e dell'atto (quindi sia dell'autorizzazione che della cessione) sia data adeguata pubblicità, in modo da consentire agli interessati di contestare la decisione del tribunale stesso.

Quanto al requisito sostanziale dell'"urgenza", lo stesso consiste ancora una volta nell'opportunità di procedere all'alienazione senza forme competitive ove ciò garantisca il miglior risultato possibile per i creditori, e quindi nello specifico ove il tempo necessario alle forme pubblicitarie potrebbe compromettere il realizzo del miglior soddisfacimento (come si esprime la Relazione Illustrativa). Ciò peraltro non significa che il tribunale non debba adottare alcuna cautela a garanzia della trasparenza della vendita, e che non possa anziché accogliere una richiesta di omissione *tout court* delle forme competitive, predisporre pubblicità magari temporalmente ridotte, o – ritengo – autorizza contratti di minor portata, ad esempio un affitto di breve durata per il tempo necessario ad organizzare una procedura, o ancora la possibilità di prevedere un esperimento di miglioria.

In tali ipotesi la formula dovrebbe consistere nella subordinazione alle suddette condizioni del rilascio dell'autorizzazione richiesta.

Tali alienazioni saranno effettuate o direttamente dall'imprenditore, ma sotto la vigilanza del commissario che farà osservare le forme e i vincoli indicati nel decreto autorizzatorio, ovvero direttamente da parte del commissario, se così sarà stato stabilito nei suddetti atti.

Pare rilevante a questo punto verificare il destino del ricavato dei beni, in particolare di quelli oggetto di garanzia ipotecaria, alienati anteriormente all'omologa, in ipotesi di inammissibilità della domanda, ove non accompagnata da contestuale apertura della liquidazione giudiziale. Infatti mentre in tale ultimo caso gli importi passeranno al curatore (mentre in precedenza erano sotto il controllo del commissario), nell'altra ipotesi verrebbe meno ogni controllo da parte del commissario e frattanto non si incardinerà alcun nuovo organo.

La soluzione del problema non è certo agevole, e le opinioni della dottrina<sup>25</sup>, che sono state studiate in realtà con riferimento al generale problema del trasferimento o del perimento del bene oggetto di prelazione, non sono quasi mai soddisfacenti per il nostro caso.

Quelle che fanno riferimento alle ipotesi di perimento non mi paiono pertinenti in quanto il bene qui non perisce, è trasferito; quelle che si riferiscono all'espropriazione per pubblica utilità riguardano una realtà ben differente. Sembrerebbe più vicina al nostro caso l'ipotesi contemplata dall'art.2825 c.c., inerente al bene indiviso, la cui quota venga ipotecata, prevista per l'ipotesi di assegnazione al debitore di conguagli in denaro, per la quale ivi si stabilisce il diritto del creditore ipotecario a far valere le sue ragioni sulla somma stessa, con la prelazione determinata dalla data di iscrizione. Tuttavia in via pratica la norma appare di scarsa utilità per noi, prevedendo al terzo comma che i debitori delle somme (quindi nel nostro caso gli aggiudicatari) sono liberati quando le abbiano pagate al dividendo dopo trenta giorni da che la divisione (per noi l'aggiudicazione) è stata notificata ai creditori ipotecari, senza che da costoro sia stata fatta opposizione. Non diverse considerazioni possono svolgersi nei riguardi della peraltro particolarissima ipotesi di cui all'art.853 c.c. (espropriazione forzata su quota in caso di fondi soggetti a trasferimenti coattivi da parte di consorzi a scopo di ricomposizione fondiaria). L'unico modo per valorizzare ai nostri fini la regola evincibile dall'art.2825 c.c. potrebbe essere rappresentato da ciò, che sostituito l'aggiudicatario con l'organo della procedura, pertanto il commissario, questi avrebbe l'onere di comunicare al creditore non tanto l'aggiudicazione, o il pagamento del saldo, che verosimilmente interverranno a procedura pendente, ma l'avvenuto provvedimento di inammissibilità, potendo così liberamente restituire le somme stesse al debitore solo decorsi trenta giorni da tale comunicazione in assenza di opposizione.

Accanto a tali ipotesi, come premesso, vi sono quelle in cui si debba procedere a cessioni pur nell'ambito di un concordato prevalentemente in continuità.

A tale proposito va ricordato che in linea astratta in questo caso non potrà nominarsi un liquidatore, e sul punto si rinvia a quanto osservato retro, § 1.

Oggi poi, in virtù del disposto di cui all'art.118, 4° co. CCII, in caso di colpevole inerzia dell'imprenditore, che prima di tutto può proprio riguardare l'iniziativa nell'alienazione dei beni non strumentali, il commissario dovrà segnalare la circostanza al collegio, il quale potrà senz'altro – dopo sentito il debitore - disporre che agli atti non posti in essere, e dunque anche alle vendite nelle forme competitive stabilite dal piano, provveda il commissario, in luogo appunto del debitore.

<sup>25</sup> GENOVESE, *Il trasferimento dell'ipoteca, vicende del rapporto ipotecario*, Bologna, 2017, 37 segg.

## **6. Le altre vendite. La sospensione**

Il resto dell'art.214 CCI, in tema di vendita dell'azienda, risulta sicuramente applicabile anche in ambito concordatario, fermo restando che una disciplina specifica è spesso contenuta nella proposta. Infatti come appena detto la cessione dell'azienda comporta in ambito concordatario la qualificazione di quest'ultimo come in continuità indiretta, per cui si ha di necessità già la disponibilità di un'offerta d'acquisto, la quale viene poi sottoposta a procedura competitiva ai sensi dell'art.91 CCI.

L'offerta, che quindi deve contenere tutti gli elementi di un contratto perfetto, se non il contratto preliminare quando stipulato, detterà già una compiuta e dettagliata disciplina di tutti gli aspetti contemplati dall'art.214 CCI, peraltro applicabili in caso di silenzio dell'accordo o della proposta.

Si tratta peraltro di aspetti di carattere prettamente sostanziale, in deroga alla disciplina legale della cessione d'azienda.

V'è qui però da chiarire un aspetto, e cioè che per l'alienazione dell'azienda l'art.214 CCI, come già l'art.105 l.f., stabilisce non solo che le modalità sono quelle che già si sono esaminate per gli altri beni (quindi vendita secondo il codice di rito o vendita competitiva), ma aggiunge che la vendita stessa andrà effettuata "in conformità a quanto disposto dall'articolo 2556 c.c."

Orbene va premesso che il codice di rito non prevede alcuna forma specifica per l'alienazione forzata dell'azienda (posto che tale corpo normativo non prevede la vendita del complesso aziendale), per cui la relativa non può essere che trattata congiuntamente qualunque sia la tipologia di vendita competitiva prescelta.

L'art. 2556 c.c. poi detta due regole: la prova scritta dell'alienazione e l'adozione delle forme stabilite dalla legge nell'ipotesi in cui tra i beni aziendali se ne trovino di soggetti a forme speciali.

La disposizione però prosegue prevedendo il deposito presso il registro delle imprese del contratto d'alienazione "in forma pubblica o per scrittura privata autenticata", il che esclude che, allorché l'azienda sia costituita da soli beni mobili, si possa procedere all'alienazione attraverso il semplice verbale d'aggiudicazione come prevede la disciplina della vendita forzata di cose mobili.

L'atto quindi dovrà essere o rogato o autenticato dal notaio, sia che la vendita abbia seguito le forme della vendita competitiva che nell'ipotesi in cui invece sia stata effettuata in base al codice di rito.

Allo stesso modo appare poi applicabile il disposto di cui all'art.215 in tema di cessione di crediti, in alternativa alla stipulazione di mandati alla riscossione di cui al 3° co. della disposizione, cessioni che ovviamente non si sottraggono alla regola della vendita competitiva di cui all'art.216, 2° co., CCI.

Ed altrettanto risulta applicabile la disposizione (art.215, 2° co., CCI; in precedenza art.106 l.f.) relativa alla cessione di partecipazioni sociali, che anche qui saranno disciplinate dalle forme indicate dall'art.2471 c.c. Per esse quindi, sussistendo una disciplina specifica, non sarà possibile procedere alla vendita con forme competitive stabilite dal piano, ma solo appunto tramite vendita all'incanto.

Così pure vincolata alle forme stabilite dalle leggi speciali sarà l'alienazione delle opere dell'ingegno, in virtù del disposto di cui all'art.218 CCI, anche qui quindi senza possibilità di individuazione di forme alternative.

Infine risulta sicuramente applicabile alla materia concordataria, come già era espressamente stabilito dalla legge fallimentare, la disciplina prevista in ambito liquidatorio per il potere di sospensione della vendita da parte del giudice delegato (art.217 CCII).

In proposito vale la pena di precisare quanto segue: la norma prevede (ora) tre casi di sospensione, quella discrezionale, relativa alle operazioni di vendita, dunque prima del perfezionamento della stessa – su istanza degli interessati, qualora ricorrano gravi e giustificati motivi, evidentemente applicabile a tutte le forme di vendita concorsuale -, quella (che in realtà è piuttosto la revoca dell’aggiudicazione) per differenza dal prezzo “congruo”, nota al codice di rito (sebbene con una differenza lessicale rispetto al 586 cpc)<sup>26</sup>, e che avviene invece dopo l’aggiudicazione. Sparisce invece la sospensione per esperimento di miglioria, già prevista dall’art.107, 4° co., l.f. (che in generale veniva peraltro confinata alle ipotesi ormai residuali di vendita con incanto). Ma è introdotta la possibilità di non procedere alla vendita (quindi dopo l’aggiudicazione) se il giudice stesso ritiene che vi siano elevate possibilità di vendere a un prezzo pari a quello stabilito, sempre che l’aggiudicazione avvenga a prezzo minimo. Ovvio che quest’ultima disposizione non si applica alla vendita codicistica, alla quale si applica più semplicemente il meccanismo codicistico che prevede di non procedersi in tali casi all’aggiudicazione (nel nostro caso invece la “sospensione” avviene ad aggiudicazione effettuata), ma solo a quella competitiva.

A questo punto ci si deve domandare a chi appartenga il potere sospensivo, cioè se al liquidatore od al g.d. Salvo il caso scontato della vendita in base al codice di rito, è altrettanto evidente che sia per la sospensione discrezionale che per quella in presenza di prezzo “incongruo” la competenza spetti al g.d. attese le sottese valutazioni. Più complesso il caso del giudizio d’incongruità dell’offerta minima, ma pare abbastanza logico qui che, trattandosi di una decisione di convenienza tra l’altro da effettuarsi nell’imminenza dell’asta, essa appartenga agli organi operativi della fase esecutiva, e quindi al liquidatore, su conforme parere del commissario.

Va in ultimo sottolineato come proprio la sussistenza del potere di sospensione come sopra delineato costituisce un ulteriore elemento a suffragio della natura forzata di tutte le tipologie di vendita concorsuale, essendo pacifica la sua applicabilità financo alle ipotesi di vendita competitiva curate dall’imprenditore, come accade nel caso del concordato in continuità

## **7. Il liquidatore**

Figura centrale nella vendita concordataria è quella del liquidatore, professionista nominato nel decreto di omologazione e che è preposto appunto alla gestione della liquidazione. Ovviamente il suo ruolo è limitato alla fase posteriore all’omologazione e in genere non viene in rilievo in ipotesi di concordato con continuità, salvo quanto si dirà fra breve.

Se appare ormai pacifico che le regole sulla vendita si applicano a tutte le forme di concordato, appare invece corretto limitare la nomina del liquidatore al caso del concordato per cessione, attenendo infatti la relativa nomina al relativo patto come già chiarito.

Il concordato per cessione è stato da alcuni assimilato alla cessione dei beni ai creditori di cui all’art.1977 c.c.<sup>27</sup>, ma in ogni caso si ritiene che esso non presupponga, salvo espresso patto in tal senso, il trasferimento della titolarità dei beni, ma solo la potestà di disporre (ed in conseguenza

<sup>26</sup> Sul tema v. diffusamente D’ADAMO, *Le vendite competitive*, cit., 3

<sup>27</sup> BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, 64; CARDARELLI, *Il concordato preventivo*, *Giur.Comm.*, 1994, I, 3

di ciò deriva la necessità di nomina del liquidatore); quale variante della tesi si riteneva che con ciò si realizzava una sorta di mandato irrevocabile a liquidare nell'interesse dei creditori <sup>28</sup>.

La giurisprudenza ha in un primo momento optato per la tesi dell'inquadrabilità dell'istituto nella disciplina di cui all'art.1977 c.c.<sup>29</sup>, con conseguente mero trasferimento della legittimazione agli organi della procedura a disporre dei beni, il tutto per il mezzo di un mandato irrevocabile. In tale visione il liquidatore assumeva una veste prettamente privatistica.

Una lettura più spinta verso l'aspetto pubblicistico del concordato sottolineava il ruolo degli organi della procedura e il loro potere di intervento diretto, per cui se ne deduceva la funzione pubblica del liquidatore. Tale tesi veniva osteggiata facendo riferimento al fatto che in sede esecutiva ormai gli aspetti pubblicistici del concordato sono venuti meno, così come lo stesso procedimento, ormai chiuso, mentre rimane solo un potere di vigilanza e quello di revoca del liquidatore stesso si spiegherebbe solo con la sua natura necessaria ed obbligatoria<sup>30</sup>.

Ma il richiamo di parte significativa delle norme che disciplinano la figura del liquidatore, fatta dall'art.182 l.f. ed oggi ribadita dall'art.114 CCI, sembra confermare la natura pubblicistica di tale organo.

In altri termini, l'esplicito richiamo ai requisiti di nomina, alle norme sull'accettazione dell'incarico, a quelle relative alla sua revoca ed alla responsabilità, al compenso e infine all'obbligo di rendiconto, rendono le due figure – curatore e liquidatore – talmente affini da rendere evidente che la natura pubblicistica del primo sia condivisa col secondo.

Il liquidatore così, nominato e revocato dal tribunale e responsabile anzitutto in base ai doveri derivanti dall'ufficio e dalla legge, figura essenzialmente come un "coadiutore" del tribunale, sebbene in assenza di un'espressa qualifica in tal senso non può essere considerato un pubblico ufficiale.

Assume poi rilievo, sotto tal profilo, il fatto che il liquidatore sia un soggetto la cui individuazione faccia direttamente parte della proposta concordataria, la quale potrebbe infatti essere caratterizzata dalla previsione dell'affidamento della liquidazione al liquidatore sociale, nel qual caso permanerebbe interamente la natura privatistica del soggetto; da quella in cui, anche se eventualmente il nominativo sia stato suggerito dal debitore, la nomina sia riservata comunque al tribunale, nel qual caso la sua natura è quella sopra descritta.

Tuttavia tali conclusioni, sotto il profilo della individuazione del liquidatore stesso come parte della proposta, non appare interamente coerente con la rinuncia al potere di disposizione dei beni ceduti da parte dell'imprenditore debitore<sup>31</sup>.

Chi peraltro sostiene la possibilità di inserire il nominativo nella proposta, sottraendo così al tribunale il potere di nomina, parte dal presupposto normativo in base al quale la nomina dovrebbe avvenire a cura dell'autorità giurisdizionale solo se il concordato "non dispone diversamente"<sup>32</sup>. Ma si osservava in proposito come la clausola di salvezza consentisse l'esonero del potere di nomina giudiziale solo ove la proposta non prevedesse una fase giudiziale di liquidazione, come nel concordato con cessione traslativa o quella caratterizzata dalla

<sup>28</sup> PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, 1974, 2332; BONSIGNORI, cit., 64

<sup>29</sup> Cass. 13.4.2005, n. 7661, in *Fall*, 2005, 1435

<sup>30</sup> LANDOLFI, *Il liquidatore giudiziale nel concordato preventivo mediante cessione dei beni*, in *Dir Fall*, 1991, I, 911

<sup>31</sup> Trib. Catania, 14.4.2011, *FI*, 2012, I, 135; Trib. Roma, 29.7. 2010, *Fall*, 2010, 225

<sup>32</sup> Trib. Roma, 20.2. 2008, *GI*, 2009, 104

individuazione dell'acquirente dell'azienda<sup>33</sup>. Anche tale ambigua clausola di salvezza è peraltro venuta meno con l'art.114 CCI per cui ogni possibilità di intendere la deroga al potere giudiziale di nomina del liquidatore pare decisamente venuta meno.

### **8. Poteri e legittimazione. Il comitato dei creditori**

Circa i poteri conferiti al liquidatore, si ammette che spetta al liquidatore di compiere tutti gli atti necessari e strumentali alla liquidazione dei beni ceduti<sup>34</sup>; ed è escluso che altri soggetti siano autorizzati ad operare, intervenire o interferire nella liquidazione) senza necessità di preventiva autorizzazione da parte del giudice delegato, o meglio del comitato dei creditori<sup>35</sup> e che contro gli atti del liquidatore non sia possibile presentare reclamo<sup>36</sup>.

Infatti deve osservarsi che lo stesso art. 182 l.fall., al 2° co., nell'indicare le norme previste dalla legge fallimentare dedicate al curatore e per le quali si dispone l'applicazione al liquidatore, non richiama il reclamo di cui all'art. 36 l.fall.. Il problema può essere facilmente superato ove il piano preveda l'applicabilità del codice di rito, perché come detto in tal caso il giudice dovrà conferire formalmente una delega e quindi avverso gli atti del delegato, mancando altro rimedio (come invece vi è in ambito fallimentare) si potrà ricorrere al reclamo di cui all'art.591 *ter* cpc. Ancor più tale soluzione potrà essere seguita in caso di subentro *ex art.* 107, 6° co., l.fall. Quando però la liquidazione avvenisse nelle forme competitive si concretizza il nodo interpretativo, dato appunto dall'assenza di uno specifico strumento di impugnazione degli atti del liquidatore, e tantomeno di quelli dell'imprenditore.

La giurisprudenza di merito<sup>37</sup> ha ritenuto che al mancato richiamo dell'art. 36 l.fall. da parte dell'art.182 stessa legge a proposito del liquidatore, conseguente ad una scelta del legislatore (ribadita nel codice della crisi all' art.114, 2°co.), trovasse adeguato rimedio la possibilità per il creditore di promuovere il procedimento di cui all'art. 38 l.fall. Ma sia pure che il riferimento fosse al precedente art. 37 (revoca), in ogni caso non solo si tratterebbe di un rimedio piuttosto farraginoso, ma soprattutto esso non sarebbe a disposizione del singolo creditore e tantomeno del terzo interessato all'acquisto, ma dipenderebbe da altri organi (il Tribunale o il comitato dei creditori).

Almeno nell'ipotesi del concordato con continuità si potrebbe forse pensare a utilizzare lo strumento del reclamo *ex art.* 36 l.fall. ove si ritenesse che in tal caso, la pubblicità debba essere curata dal commissario in assenza di un liquidatore, ma sembrerebbe ammissibile che in tale evenienza la stessa potrebbe essere curata dall'imprenditore, pur sotto la vigilanza del commissario. Or se è vero che per il commissario, grazie al richiamo di cui all'art. 185 l.fall., l'art. 36 stessa legge è applicabile, tuttavia va detto che tale applicabilità va esclusa in relazione all'attività di semplice vigilanza.

Ovviamente invece la suddetta reclamabilità *ex art.*36 l.fall. potrebbe configurarsi almeno quelle volte, come in genere accade nelle alienazioni effettuate anteriormente all'omologa, in cui l'autorizzazione giudiziale dispone che le vendite vengano gestite dal commissario.

<sup>33</sup> Trib. Firenze, 21.5. 2009, *FT* 2010, 89

<sup>34</sup> Cass 15.5. 2011, n.15699, *Fall*, 2012, 622

<sup>35</sup> Trib. Roma, 21.2.1985, *Fall*, 1985, II, 865

<sup>36</sup> App. Torino, 15.12.1986, *Gcom*, 1987, II, 772

<sup>37</sup> cfr. Trib. Padova 29.6.2016 , in [www.IICaso.it](http://www.IICaso.it).

Resta peraltro per intero la questione nei casi del concordato sia liquidatorio che in continuità, relativamente alla fase dell'esecuzione (quindi posteriormente all'omologa), sempre ovviamente che non si sia scelta come detto la modalità della vendita in base al codice di rito.

In tal caso infatti pacificamente tutti gli aspetti operativi della vendita, inclusa la pubblicità, saranno curati dal liquidatore (e, nel caso della continuità, l'imprenditore).

Quando dunque ciò accada, quindi allorché l'aggiudicazione sia atto del liquidatore così come appunto quando sia l'imprenditore ad occuparsi della gestione della vendita competitiva, non v'è neppure la possibilità di impugnare ex art.26 l.fall. il successivo atto, che solitamente è rappresentato da un rogito notarile (cfr. *infra* § 10).

Va allora evidenziato come in questi casi gli atti della sequenza della vendita, a differenza di quanto accade in tutte le altre ipotesi di vendita concorsuale, sono privi di un apposito strumento di impugnazione che possa fornire tutela agli interessati e specialmente consentire l'effetto preclusivo circa la validità dei singoli atti.

In simili ipotesi occorre allora verificare quale possa essere lo strumento di tutela.

Sebbene non si possa qui giungere a una conclusione definitiva, vieppiù oggi in cui si ha il passaggio tra le due normative concorsuali, si può suggerire di far riferimento all'atto finale, cioè il contratto con cui il bene viene trasferito al vincitore della gara, ritenendo che l'eventuale mancato rispetto delle regole di competitività, come detto stabilite da disciplina imperativa, ne determini la nullità ex art.1418, 1° co., c.c.<sup>38</sup>

In altri termini la vendita conclusa in violazione della disciplina di cui agli artt. 105-108 l.fall. dovrebbe in tale prospettiva considerarsi contraria a norma imperativa<sup>39</sup>. In effetti tali disposizioni, prescrivendo come regola generale la forma competitiva della vendita, con le specifiche disposizioni in tema di pubblicità (e non solo), sono ispirate a un rigore formale anche maggiore di quello posto dal codice di rito per il processo di esecuzione forzata. Trattasi di norme che valgono a riaffermare l'impossibilità di vendite forzate che prescindano - come avviene nella trattativa privata - dal rispetto delle forme all'uopo stabilite. Si è così affermato che la vendita di beni immobili dovrà inderogabilmente osservare anche in sede fallimentare (e per il richiamo indicato anche in quella concordataria) i limiti e le formalità suddette a pena di nullità<sup>40</sup>, ai sensi dell'art. 1418 c.c., del relativo contratto, in quanto posto in essere in violazione delle suddette norme imperative poste a presidio del regolare svolgimento della liquidazione dell'attivo<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Deve peraltro segnalarsi come non sia del tutto peregrina, seppur priva di riscontro nella prassi, la tesi per cui poiché anche quella competitiva è pur sempre una vendita forzata, almeno nel caso della vendita effettuata dal liquidatore il trasferimento andrebbe disposto con atto del giudice, come si ricava dall'art.2919 c.c. e disciplinato dall'art.586 cpc. Conclusione che però deve confrontarsi con la legittimazione del liquidatore derivante proprio dal patto di cessione e con la legittimazione dell'imprenditore nel caso di concordato in continuità, che possono giustificare la deroga alla normale disciplina del trasferimento prevista nella vendita forzata. Sulla natura forzata di tutte le vendite concorsuali, sia consentito rinviare al mio *Cancellazioni delle formalità ex art.108 e atti negoziali del curatore*, in *Fall.* 2018, 1457; per la forma contrattuale del trasferimento in caso di vendite competitive LICCARDO e FEDERICO, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio, cit., II, 1790

<sup>39</sup> Così già Cass. 16.3.1994 n. 2510, in *Fall.*, 1994, 829

<sup>40</sup> Così Cass. 7.5.1999 n. 4584, in *FI*, 1999, I, 3259; Cass. 24.2.2004 n. 3624, in *Dir. Fall.*, 2005, II, 932; Cass. 23.12.2016 n. 26954.

<sup>41</sup> Esplicitamente in tali termini Cass. 22 febbraio 2017, n. 11463. Tale giurisprudenza peraltro risulta perfettamente allineata a quella del S.C. in tema di violazione delle norme di evidenza pubblica poste dalla disciplina amministrativa per i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione, cfr. in tal senso Cass. 11446/2017.

Vedremo le conseguenze in tema di controlli e di responsabilità conseguenti, e in generale il riverberarsi dei vizi del procedimento sull'atto finale, sarà comunque nel penultimo paragrafo dedicato al trasferimento (sul punto v. *infra*, § 10).

Si è poi sottolineato che in assenza di disposizioni, nel decreto di omologazione, relative alle forme di liquidazione dei beni, la scelta discrezionale spetta al liquidatore la stessa. Va aggiunto che i liquidatori possono compiere nuove operazioni se finalizzate a conseguire una migliore liquidazione dei beni offerti<sup>42</sup>.

Per quanto attiene la loro legittimazione a stare in giudizio, essa si rinviene per le controversie che abbiano per oggetto diritti reali sui beni ceduti o diritti personali alla restituzione dei beni offerti.

In queste controversie ha peraltro legittimazione passiva il debitore, che non perde la proprietà sui beni ceduti per effetto della sentenza di omologazione, e si verifica quindi una ipotesi di litisconsorzio necessario<sup>43</sup>.

Per quanto si riferisce a crediti, la legittimazione passiva spetta al solo debitore per i giudizi di accertamento dei crediti, trasferendosi nei confronti dei liquidatori giudiziali solo i poteri di gestione finalizzati alla liquidazione, con la conseguenza che il debitore conserva il diritto di esercitare in proprio le azioni o di resistervi nei confronti di terzi, a tutela del suo patrimonio<sup>44</sup>. Nel caso in cui però il creditore agisca proponendo non solo una domanda di accertamento, ma anche di condanna oppure azioni una pretesa comunque idonea a influire sulle operazioni di liquidazione o di riparto del ricavato, alla legittimazione passiva dell'imprenditore, che resta inalterata, si affianca a quella del liquidatore giudiziale dei beni, quale contraddittore necessario. Ne consegue che nel giudizio è comunque ammissibile l'intervento del liquidatore giudiziale in fase di appello, anche senza l'autorizzazione del giudice delegato, essendo questa attività tutoria necessaria solo per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione ai sensi dell'art. 167<sup>45</sup>.

Si è ritenuto ricorrere una ipotesi di litisconsorzio necessario, anche quando si proceda all'accertamento della natura concorsuale o meno di un credito, e del relativo diritto del titolare ad ottenerne l'adempimento in sede di riparto. In questo caso infatti, stante la scissione della titolarità del debito che rimane all'imprenditore, e della legittimazione all'adempimento, che grava sul liquidatore, la sentenza che accerta la natura del credito, e a cui è correlato l'adempimento da parte del liquidatore, non può che essere resa in contraddittorio con entrambi i soggetti<sup>46</sup>. Tale evenienza non si verifica solo nel caso in cui la cessione dei beni sia connotata da efficacia traslativa ed immediata liberazione del debitore<sup>47</sup>, allorché la legittimazione del liquidatore è invece solitaria.

Altrettanto nei giudizi relativi al carattere concorsuale di un credito, la pronuncia deve essere resa in contraddittorio di entrambi i soggetti<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> BONSIGNORI, 451

<sup>43</sup> PROVINCIALI, 2343

<sup>44</sup> Cass 12.5.2010 n.11520, *Fall*, 2010, 1332; Cass 26.7.2001 n.10250, *Fl*, 2002, I, 1857; Cass. 10 set. 1999/9663, *Fall*, 2000, 768; Cass. 30.10.1991, n.11542, *Fall*, 1992, 375

<sup>45</sup> Cass 30.7.2009, n.17748, in *Fall*, 2010, 622

<sup>46</sup> Trib Milano 26.5.1988, in *Fall*, 1989, 325.

<sup>47</sup> Cass sez. un. 28.5.1987, n.4779, in *Fall*, 1987, 952

<sup>48</sup> Cass. ult. cit.

Salvo quanto precisato in ordine al diritto al riparto, spetta invece legittimazione passiva al liquidatore giudiziale in tutte quelle ipotesi in cui si presentino azioni relative al realizzo dell'attivo o sulla ripartizione delle somme in favore dei creditori<sup>49</sup>.

A proposito del riparto anzi va precisato che nei giudizi relativi alla distribuzione del ricavato sussiste una legittimazione del liquidatore, ma normalmente non è esclusiva configurandosi un litisconsorzio necessario fra il debitore concordatario che non perde la proprietà dei beni ceduti ed il liquidatore<sup>50</sup>.

Va infine chiarito che in relazione alla capacità processuale del debitore assoggettato a procedura di concordato preventivo con cessione di beni, la Suprema Corte<sup>51</sup> ha osservato che se egli intende far accertare che una parte del patrimonio acquisito dal liquidatore giudiziale non è compresa nell'attivo societario oggetto di cessione, e chiedi perciò la condanna del medesimo liquidatore alla relativa restituzione, deve promuovere un'azione ordinaria di cognizione, infatti, al pari della controversia promossa da un terzo

che rivendichi su determinati beni un diritto incompatibile con la loro cessione ai creditori in funzione liquidatoria.

Non v'è dubbio poi, grazie all'espresso richiamo, circa l'obbligo di rendiconto nei confronti del giudice delegato, ma altrettanto indubbio è che il conto possa essere impugnato sia dal debitore che dai creditori, come accade in ipotesi di liquidazione giudiziale, con l'applicabilità di tutte le norme del relativo procedimento, indicate (ora) nell'art.231 CCI (come prima l'art.182, 2° co., l.f.).

In relazione alla revoca, tra le relative cause sono stati ricompresi i comportamenti dolosi o anche gravemente colposi idonei a pregiudicare il risultato della procedura di liquidazione, per inosservanza delle disposizioni dettate dal tribunale nella sentenza di omologazione o anche dettate dal giudice delegato<sup>52</sup>. Il provvedimento di revoca, ove sia giudiziale la nomina, non è ricorribile in cassazione<sup>53</sup>, né è reclamabile presso la Suprema Corte il provvedimento di conferma della corte di appello emesso su reclamo ai sensi degli artt. 739-742 c.p.c. <sup>54</sup>, ciò in quanto non sussiste un diritto alla nomina, ma la stessa è oggetto di un rapporto fiduciario che deve persistere per tutto l'incarico.

In tutto ciò ci si pone l'interrogativo circa le funzioni del comitato dei creditori, appunto in riferimento alle singole iniziative assunte dal liquidatore.

Certamente intanto il comitato ha una funzione di sorveglianza e controllo circa l'operato del liquidatore, perfettamente in linea con il fatto che la liquidazione stessa avviene in genere in base al patto di cessione e pertanto dietro rinuncia del debitore a disporre dei propri beni.

La scelta però già effettuata dal legislatore con la riforma del 2007 (nel senso che la disposizione venne introdotta proprio dal correttivo di cui al dlgs n.169/2007) e pienamente ribadita dall'art.114 del CCI, è stata quella di estendere al comitato nominato in sede concordataria non solo le norme previste (ora per la liquidazione giudiziale, prima per il fallimento) relativamente alla nomina, ma soprattutto quelle relative alle funzioni.

<sup>49</sup> Cass 9.8.1990, n.8026, *Fall*,1991, 236; Cass 1.3.1988, n.2135, *Dir Fall*, 1988, II, 646

<sup>50</sup> Cass sez. un. 28.5.1987, n.4779, in *Fall*, 1987, 952

<sup>51</sup> Cass 15.7.2009, n.16504, in *Fall*, 2010, 375

<sup>52</sup> Trib. Milano 25.9.1980, in *FALL*, 1980, 718

<sup>53</sup> Cass. 28.8.1995, n.9030, *FI REP*, 1995, 725 e Cass 10.12.1984, n.6481, in *Fall*, 1985, 632

<sup>54</sup> Cass 1984/6481, cit.

La solita clausola di compatibilità non è certo idonea a temperare il potere del comitato di autorizzare gli atti del liquidatore ed esprimere il parere nei casi previsti dalla legge.

Se non v'è in effetti un'ipotesi in cui direttamente la disciplina concordataria prevede il parere del comitato, senz'altro deve ritenersi che il comitato debba autorizzare tutti gli atti, esecutivi del piano, posti in essere dal liquidatore, con la conseguenza che in difetto dell'autorizzazione non resterà che proporre reclamo avverso il relativo diniego, sulla base ad esempio del fatto che l'autorizzazione negata riguardava un atto perfettamente contemplato nel piano o addirittura nella sentenza di omologazione.

Tra gli atti da autorizzarsi quindi vi saranno le vendite, la nomina di professionisti ed in particolare legali, il promovimento di azioni giudiziarie.

L'alternativa alla interpretazione qui offerta consiste nell'opinare che mentre sono compatibili i poteri di vigilanza generale ed ispettivi del comitato, quelli invece autorizzatori sarebbero incompatibili in quanto i relativi atti sarebbero già stati approvati dai creditori in sede di voto e "autorizzati" in via generale con la sentenza di omologazione.

Ora è vero che effettivamente l'attività del liquidatore non dovrebbe che essere esecutiva rispetto agli atti esplicitamente od implicitamente contemplati dalla proposta approvata prima e dalla sentenza di omologazione poi, ma è altrettanto vero che un margine di discrezionalità sempre sussiste e non è del tutto insensato prevedere un organo di controllo ulteriore (rispetto cioè al commissario), sia perché anche la disciplina della liquidazione giudiziale, pur a fronte dell'approvazione del programma di liquidazione (che come il piano, e forse in guisa ancor più esplicita, deve contemplare gli atti esecutivi), prevede l'autorizzazione giudiziale dei singoli atti esecutivi.

D'altronde il controllo del commissario, in assenza di effettive funzioni da parte del g.d. nella fase esecutiva, è sicuramente maggiormente concentrato su aspetti di carattere generale ed attinenti alla massa passiva nel suo complesso, oltre che alla legittimità ed all'assenza di frode dell'operare sia del liquidatore che dell'imprenditore, mentre il controllo del comitato sarà appuntato maggiormente su aspetti di convenienza e di tutela dei creditori.

Non desta invece perplessità l'estensione al comitato del potere ispettivo e delle norme di funzionamento del comitato stesso, contenute anch'esse nell'art.140 CCI.

Va da sé poi che la nomina del comitato ha i medesimi presupposti di quella del liquidatore: i due organi cioè devono essere nominati entrambi, o se manca il presupposto per la nomina dell'uno manca indefettibilmente anche quella dell'altro, come del resto si ricava dallo stesso tenore letterale della norma in commento.

### ***9. Natura forzata delle vendite concordatarie***

Scontata la natura forzata nell'ipotesi del subentro ex art. 114-216, 10° co., CCI, nonché in quella di applicazione delle norme del codice di rito, a non diverse conclusioni deve peraltro giungersi anche nelle altre ipotesi, prima fra tutte quella della vendita anteriore all'omologazione.

E' noto che la S.C. sostiene ormai apertamente e pacificamente che quella fallimentare abbia natura di vendita coattiva e non negoziale<sup>55</sup>, tanto che nel caso della vendita mobiliare l'effetto traslativo si produce non con lo scambio del consenso ma col pagamento integrale del prezzo<sup>56</sup>.

Ragione di tale orientamento è stata tradizionalmente individuata nel fatto che la vendita in parola prevede una fase autorizzativa (composta dall'approvazione della relativa previsione del programma di liquidazione da parte del comitato dei creditori; dall'autorizzazione del giudice delegato ai sensi dell'art. 104 ter, comma 9, l.fall.) che è indispensabile anche ai fini del perfezionamento<sup>57</sup>.

Per altra opinione la natura coattiva dovrebbe essere rintracciata nel fatto che la vendita fallimentare avviene invito domino, appunto da parte del curatore nell'interesse della massa<sup>58</sup>.

Più di recente la giurisprudenza è giunta alla conclusione che la natura coattiva dipende non dalle modalità adottate ma dall'essere "inserita nel procedimento concorsuale" e quindi "strumentale alle sue finalità", prescindendo comunque "dal consenso e da qualsiasi attività del debitore"<sup>59</sup>, il che complessivamente val quanto dire che ogni vendita fallimentare riveste carattere coattivo.

Tale principio si attaglia perfettamente, anche al caso delle vendite concordatarie. Nel fondamentale precedente in argomento del SC infatti<sup>60</sup>, viene sottolineato come tutte le vendite in ambito concordatario siano caratterizzate da un contesto proceduralizzato dal quale lo stesso debitore non può recedere, stabilito per finalità soddisfattive dei creditori.

Non da ultimo va ricordato che anche in un completo studio sulle vendite fallimentari si è concluso nel senso della natura coattiva delle vendite "competitive" di cui all'art.107, 1° co., l.f.<sup>61</sup>

Osservazioni del tutto riscontrate sia nelle vendite competitive – oggetto di verifica in sede di omologazione e per le quali si applicano sia il principio di competitività che le norme specificate dall'art.216, soprattutto la disciplina relativa alla "sospensione" della vendita (art.217) e l'effetto purgativo – sia in quelle anteriori all'omologazione che vengono come visto specificamente autorizzate dall'Autorità Giudiziaria e rispondono a regole analoghe a quelle appena indicate.

Quand'anche, come nell'ipotesi del concordato con continuità, gli spetti la gestione della vendita, egli non ha scelta, deve limitarsi ad attuare la sentenza di omologazione, sulla base del precedente voto dei creditori e con forme vincolate, dettagliate ed integrate dalla suddetta sentenza, e dalle norme imperative di cui all'art.216 CCI e sotto la vigilanza del commissario, tra l'altro essendo soggetto al potere surrogatorio di cui all'art.118 CCI.

Pertanto anche qui poiché gli atti caratterizzanti il procedimento di liquidazione sono comunque formalizzati e soggetti a controllo, ne deriva l'equiparazione delle vendite concordatarie a quelle fallimentari e dunque la natura coattiva di entrambe, sebbene i vincoli ed i limiti potranno anche essere meno stringenti rispetto alla disciplina fallimentare, ed in tal senso si spiega la deroga sopra citata, proprio in ragione della fonte negoziale.

<sup>55</sup> Cass 23.9.2003, n. 14103, *Giust. civ.*, 2004, I, 78; sempre in ordine alla natura coattiva e giudiziale Cass 18.2.2009, n.3903, in *Fall*, 2010, 17

<sup>56</sup> Cfr. Cass. 18 sett. 1997, n. 5466, in *Dir. fall.*, 1998, 323

<sup>57</sup> ZANICHELLI, Liquidazione dell'attivo e garanzie dell'aggiudicatario, in *Fall*, 2003, 877

<sup>58</sup>LICCARDO – FEDERICO, Commento sub art. 108 l.f., Commentario Jorio-Fabiani, 2007, II, 618

<sup>59</sup> Cass 16.5.2018, n. 11957

<sup>60</sup> Cass, SS.UU., 16.7.2008, n. 19506, in *Fall*, 2008, 1394

<sup>61</sup> FABIANI –PICCOLO, *Vendite fallimentari e atto notarile*, Studio 31-2018/E

Chiaramente l'omologazione tra le vendite fallimentari e quelle in ambito concordatario è massima ove queste ultime vengano effettuate anteriormente all'omologa (ed a maggior ragione eccezionalmente nella fase c.d. con riserva) o in base al codice di rito; ma essa si conferma anche nelle altre ipotesi, in tutta coerenza con la inclusione della categoria delle vendite concorsuali in quella delle vendite coattive, tutte riconducibili alla più vasta categoria dei procedimenti di esecuzione forzata<sup>62</sup>.

Risulta così decisamente superato l'orientamento in base al quale la vendita concordataria poteva essere talora anche non coattiva<sup>63</sup>, il quale si era affermato essenzialmente in relazione alle proposte concordatarie che prevedevano l'individuazione del terzo acquirente e del prezzo, fattispecie per le quali a seguito dell'introduzione dell'art. 163 *bis*, l.fall., si prevede ormai la necessità di procedura competitiva, ed alle quali a maggior ragione il suddetto principio risulta ormai pianamente riferibile.

Per completezza sull'argomento occorre poi ritenere inapplicabile direttamente la direttiva contenuta nell'*incipit* dell'art.214 CCI, in base alla quale si deve procedere alla vendita atomistica solo allorché essa risulti strumentale al miglior soddisfacimento dei creditori rispetto alla cessione dell'azienda, che risulta infatti la soluzione preferita in ambito liquidatorio.

Infatti tale scelta non compete alla sede esecutiva del concordato, ma senz'altro al piano e prima ancora caratterizza di sé la proposta, qualificandola rispettivamente come liquidatoria o in continuità (indiretta).

## **10. Gli atti di trasferimento**

A seguito dell'espletamento della procedura di vendita, si provvederà all'atto di trasferimento.

Atto che, sia nel caso di subentro nella procedura esecutiva in corso, sia nell'ipotesi in cui la scelta sia stata per l'applicazione delle norme del codice di rito, consisterà in un decreto di trasferimento ai sensi dell'art.586 cpc, emesso nel primo caso dal giudice dell'esecuzione, e nel secondo dal giudice delegato.

Viceversa in caso di procedure competitive disciplinate dal piano il trasferimento avverrà a mezzo di atto notarile sottoscritto dal liquidatore, ovvero in caso di concordato in continuità dall'imprenditore.

Fin dall'introduzione del modello di vendita competitiva la dottrina<sup>64</sup> ha ritenuto che per le stesse non sia possibile procedere al trasferimento a mezzo di decreto mancando un richiamo alla relativa disciplina del codice di procedura.

D'altronde l'espressa previsione di un decreto di cancellazione di cui all'art.108 l.f. (ed oggi art.217 CCI) esclude la sussistenza di un decreto di trasferimento, rimandando invece all'implicito presupposto della sussistenza di un altro tipo di atto.

Allo stesso tempo però deve osservarsi che proprio le caratteristiche della vendita competitiva, anche in sede concordataria, depongono inequivocabilmente nel senso della natura forzata della vendita stessa.

<sup>62</sup> Cass, n. 19506/08, cit.

<sup>63</sup> Cass. 28 sett. 2004, n. 19398

<sup>64</sup> LICCARDO e FEDERICO, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 1790 ss

Infatti non solo la vendita è determinata sulla base del modulo della competitività, ma si prescinde dal consenso del venditore, la vendita avvenendo ad iniziativa del liquidatore sulla base delle disposizioni approvate dai creditori e omologate (anche con eventuale integrazione) dal tribunale, e addirittura oggi l'art.118 CCI prevede un potere surrogatorio dello stesso commissario in caso d'inerzia e non collaborazione dell'imprenditore<sup>65</sup>.

Certamente tali osservazioni risultano meno convincenti in ipotesi di concordato in continuità, ma a parte il fatto che come riferito il SC<sup>66</sup> ritiene che anche in tal caso il Tribunale possa, anche d'ufficio, provvedere alla nomina di un liquidatore per le suddette alienazioni, anche ove invece si ritenesse possibile affidarle all'imprenditore, tuttavia da un lato non verrebbe meno l'obbligo di competitività, come già detto a suo tempo, e dall'altro rimarrebbero intatti i poteri pubblicistici di verifica e di controllo del commissario, come detto fino a giungersi alla potestà di surrogazione.

In ogni caso deve osservarsi che nel fondamentale precedente in argomento il SC<sup>67</sup> sottolinea come tutte le vendite in ambito concordatario siano caratterizzate da un contesto proceduralizzato dal quale lo stesso debitore non può recedere, stabilito per finalità soddisfattive dei creditori.

Pertanto anche qui poiché gli atti caratterizzanti il procedimento di liquidazione sono comunque formalizzati e soggetti a controllo, ne deriva l'equiparazione delle vendite concordatarie a quelle fallimentari e dunque la natura coattiva di entrambe<sup>68</sup>, sebbene i vincoli ed i limiti potranno anche essere meno stringenti rispetto alla disciplina fallimentare, ed in tal senso si spiega la deroga sopra citata, proprio in ragione della fonte negoziale.

Ma la natura forzata della vendita non toglie che l'atto che la consacra possa avere natura negoziale, quante volte il trasferimento giudiziale non sia appunto previsto<sup>69</sup>.

In particolare la giurisprudenza pur ammettendo la natura privatistica delle offerte, da qualificarsi come proposte contrattuali, precisa che il rapporto non si perfeziona col semplice consenso dell'organo concorsuale preposto (nel nostro caso il liquidatore, ma in ipotesi di concordato con continuità lo stesso imprenditore), ma – pur potendo realizzarsi tramite uno strumento privatistico – determina pur sempre un trasferimento coattivo<sup>70</sup>. La pronuncia dunque conferma che la vendita coattiva concorsuale, ma entro limiti di ragionevole compatibilità, ammette che essa contempri aspetti tipici della contrattazione privata.

<sup>65</sup> Oltre a quanto già riportato valga anche Cass. 23.9.2003, n. 14103; Cass.6.9.2006, n.19142

<sup>66</sup> Cass. 19925/17, cit.

<sup>67</sup> Cfr. Cass., SS.UU., 16 luglio 2008, n. 19506, in questa *Fall.*, 2008, 1394, con nota di LO CASCIO, secondo la quale per la precisione "la vendita dei beni formanti oggetto della cessione, ove pure vi provveda direttamente l'imprenditore non spossessato (...) si realizza in un contesto proceduralizzato dai dettami del concordato omologato, attraverso atti che il medesimo debitore non sarebbe più ormai libero di non compiere, per finalità soddisfattive dei creditori del tutto analoghe a quelle della procedura esecutiva fallimentare ed in un ambito di controlli pubblici del pari destinati a garantire il raggiungimento di tale finalità". E ciò, precisa la corte, senza pregiudicare la questione circa la natura negoziale della proposta.

<sup>68</sup> Nella sent. Cass. n. 19506/2008, cit., la caratteristica saliente delle vendite concorsuali, tale da far definire le stesse come coattive, sta appunto nell'essere esse "disciplinate da rigorose disposizioni sul cui rispetto gli organi della procedura sono chiamati a vigilare", e la cui violazione giustifica il controllo di legittimità id cui s'è detto.

<sup>69</sup> Pur concludendo nel senso del testo, dubbi paiono ancora presenti nel precedente studio *L'atto notarile di trasferimento a seguito di vendita fallimentare*, n.16-2011/E

<sup>70</sup> Cass 10.12.2008, n. 28984

Ad analoghe conclusioni giungeva del resto già risalente dottrina, laddove si specificava che qualsiasi vendita concorsuale, indipendentemente dal dato formale che abbia l'atto traslativo (provvedimento o negozio) è vendita giudiziaria<sup>71</sup>.

Sotto tal profilo quindi, trattandosi di beni immobili, appare evidente che, allorché non sia prevista la forma del decreto di trasferimento, che può ritenersi richiamata solo in caso di vendita in base al codice di rito e di subentro, la forma è quella dell'atto notarile.

Si pongono allora le seguenti questioni: 1) rimedi concessi alla parte ed ai terzi in caso di vizi della procedura che sta a monte dell'atto; 2) conseguenti poteri e doveri di controllo da parte dell'ufficiale rogante; 3) applicabilità o meno a tale atto della disciplina di cui agli artt.2921-22 c.c.

Sotto il primo profilo va anzitutto premesso che anche alla materia concorsuale, ed a quella concordataria in particolare, va applicato il principio in base al quale rilevano ai fini della validità del trasferimento solo quelle nullità procedimentali che attengono alla sequenza della vendita.

In particolare in base a una storica decisione delle Sezioni Unite della Cassazione<sup>72</sup> pur a fronte della pendenza di un'opposizione all'esecuzione o agli atti, che successivamente risulti fondata, l'aggiudicazione frattanto intervenuta risulta salva, in virtù di un principio di cui è chiara espressione l'art. 187 *bis* disp. att. c.p.c., in tema di intangibilità dell'aggiudicazione anche in caso di successiva estinzione o chiusura anticipata del processo esecutivo, quando l'invalidità sia accertata a carico di un atto che faccia parte della sequenza procedimentale della fase liquidativa dell'esecuzione (che inizia con l'ordinanza che dispone la vendita o la delega e termina col decreto di trasferimento), la pronuncia di nullità dell'atto travolge anche l'aggiudicazione stessa, questa volta in virtù del richiamo della disposizione di cui all'art. 2929 c.c.

Se l'osservazione comunque non assume rilevante pregnanza per la materia concorsuale, soprattutto in ipotesi di vendita competitiva, grazie al disposto di cui all'art.18, 5° co., l.f. (in base al quale "restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura", primi fra tutti ovviamente quelli di liquidazione dell'attivo) le cose stanno diversamente in materia di concordato in cui non è prevista una norma corrispondente, per cui deve farsi capo al principio di cui all'art.2929 c.c., da ritenersi di generale applicazione a tutte le ipotesi di vendita forzata.

Dunque a parte tale ultimo caso, il principio davvero rilevante nella nostra materia è quello secondo cui così come l'accoglimento di un'opposizione ad uno degli atti della sequenza di vendita del processo esecutivo determinerà il travolgimento dell'aggiudicazione, altrettanto succederà in caso di impugnazione di uno di tali atti con lo strumento di cui agli artt. 36 o 26. l.fall. (e in caso di mancata omologazione o inammissibilità accadrà analogamente in virtù dell'art. 2929 cit.). Pare invece che l'eventuale intervenuta risoluzione del concordato non possa incidere neppure in ipotesi sull'aggiudicazione frattanto prodottasi.

Alla luce di quanto precede la problematica attiene in particolare al caso dell'erronea o carente pubblicità rispetto a quanto previsto direttamente dalla legge o dal piano concordatario, nella ricorrente ipotesi in cui l'aggiudicazione sia disposta da un liquidatore, i cui atti come già ricordato non sono impugnabili ai sensi dell'art.36 l.f. (e in base al CCI in base all'art.133) essendo invece chiaro che ogni problema, tanto nel caso del fallimento che del concordato, è superato - indipendentemente dalla forma dell'atto finale dall'effetto di stabilità conseguente al mancato

<sup>71</sup> ANDRIOLI, *Fallimento*, voce della *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1967, 439; FEDERICO, *L'intervento del notaio nelle procedure concorsuali*, in *Processo civile e delega di funzioni*, atti del convegno di Roma, 17.18 giugno 2015; E. FABIANI, *La vendita forzata. Evoluzione dell'istituto ed attività del pensiero di Salvatore Pugliatti*, in *Il giusto processo civile*, 3, 2015, 714 ss

<sup>72</sup> Cass., SS.UU., 28.11.2012, n. 21110, in *Fl.*, 2013, I, 1224.

esperimento delle forme di impugnazione dell'atto di aggiudicazione - se posto in essere dal delegato o dal curatore, i cui atti sono infatti notoriamente impugnabili (in caso di delega poi il problema non si pone perché l'atto finale sarà costituito dal decreto di trasferimento).

Escluso allora che sia necessario impugnare lo stesso piano, si è ritenuto a suo tempo di indicare come possibile soluzione all'assenza di tutela e al contempo di stabilità degli atti appartenenti alla sequenza della vendita concordataria competitiva, quello di ritenere atto impugnabile quello che dispone il trasferimento, a mezzo dell'azione di nullità ex art.1418 c.c., come appunto già chiarito al § 9.

Si pone allora la questione circa lo strumento impugnatorio, e la soluzione suggerita è quella delle forme di impugnazione degli atti e in particolare dei contratti stipulati dal liquidatore, di cui si è riferito *retro*.

Qui si deve solo aggiungere che particolare riguardo dovrà avere il rogante nel controllo della regolarità del procedimento proprio con riferimento agli atti inerenti la fase della vendita competitiva, che si caratterizza per la previsione di piano; l'esperimento della gara; il rispetto delle previsioni a presidio della trasparenza e non ultimo delle forme pubblicitarie.

Considerata la veste del notaio rogante in tal caso, appare che le verifiche suddette siano diligentemente esperite attraverso la disamina dell'atto di aggiudicazione, che come tale non può che dar conto della gara e delle forme pubblicitarie applicate all'avviso di vendita e agli altri atti da pubblicizzare, in conformità alle previsioni (nel nostro caso) del piano concordatario omologato.

Assolto a tale onere di verifica deve escludersi un ulteriore onere da parte del rogante, e quindi qualsiasi presupposto di sua responsabilità professionale, con particolare riguardo al disposto di cui all'art.28 della legge notarile.

Ciò detto va richiamata la giurisprudenza di legittimità in tema di limiti di tale responsabilità all'ipotesi di inequivoco divieto dell'atto<sup>73</sup>.

Va da sé poi che eventuali scostamenti dalle regole di competitività si risolveranno in altrettante ipotesi di responsabilità in capo al soggetto che le stesse abbia concretamente violate, e quindi a quella professionale del liquidatore o del commissario (quest'ultimo ricorrendo l'ipotesi dell'omessa vigilanza) ovvero a quella ordinaria dell'imprenditore (se egli abbia proceduto alle vendite).

A livello operativo può comunque suggerirsi di verificare che si tratti di un bene previsto dal piano come da liquidarsi e che sia intervenuta l'omologa.

Soprattutto va suggerito di far rendere all'organo della procedura, liquidatore o imprenditore (in ogni caso con parere del commissario) la dichiarazione di avvenuto espletamento di tutte le formalità previste dal piano e non direttamente ricavabili dal verbale d'aggiudicazione, che peraltro – si ripete – dovrebbe già avere il contenuto minimale di cui s'è detto.

<sup>73</sup> In particolare è stato affermato che «l'avverbio "espressamente", che nell'art. 28, comma 1, n. 1 l. not. qualifica la categoria degli "atti proibiti dalla legge" va inteso come "inequivocamente", per cui si riferisce a contrasti dell'atto con la legge, che risultino in termini inequivoci, anche se la sanzione di nullità deriva solo attraverso la disposizione generale di cui all'art. 1418 c.c., comma 1, per effetto di un consolidato orientamento interpretativo giurisprudenziale e dottrinale. La ratio della normativa in esame e le sue stesse origini (...) impongono di ritenere che al notaio non possono certo addossarsi compiti ermeneutici (con le connesse responsabilità) in presenza di incertezze interpretative oggettive. Invece l'irricevibilità dell'atto si giustifica quando il divieto possa desumersi in via del tutto pacifica ed incontrastata da un orientamento interpretativo ormai consolidato sul punto». Cass. 13 ottobre 2011, n. 21202, in *Giustizia Civile* 2011, 11, I, 2554

Va poi precisato che, in caso di concordato con continuità, se il bene costituisce non un'immobilizzazione da liquidarsi, quanto piuttosto una rimanenza o comunque un bene la cui vendita costituisca oggetto sociale, tutte le suddette formalità competitive e di conseguenza i relativi controlli non occorreranno.

Anche in caso di titoli negoziali, in quanto posti in essere all'esito di procedure competitive, e perciò inerenti vendite forzate, sarà applicabile quanto disposto dall'art.46, comma 5, d.p.r. n. 380/2001, che esclude la nullità per gli atti derivanti da procedure esecutive individuali e concorsuali per mancanza di riferimento dei titoli edilizi e che prevede la possibilità di sanatoria entro centoventi giorni dal trasferimento<sup>74</sup>.

Anche a tali atti sarà poi indubbiamente applicabile la speciale sanatoria prevista sempre dal citato art.46, 5° co., e comportante la riapertura dei termini dei pregressi condoni a condizione che l'abuso risalga all'epoca contemplata dagli stessi e che anche il credito fatto valere risalga a quell'epoca.

Quanto alla necessità allegazione a pena di nullità del certificato di destinazione urbanistica<sup>75</sup>, come previsto dall'art.30 t.u. cit., premesso che nessuno impedisce l'acquisizione dello stesso da parte del rogante (il che anzi è assolutamente auspicabile), probabilmente potrebbe essere sufficiente l'allegazione di quello presente nel fascicolo ai sensi dell'art.173 *bis* disp. att. cpc, come richiamato dall'art.216 CCI. Per la vigente disciplina in caso di vendita competitiva, trattandosi pur sempre di vendita forzata, dovrebbe comunque escludersi la nullità in parola come già concluso nel citato studio.

Circa poi la dichiarazione di conformità catastale introdotta dal d.l. n.78/2010, per la relativa mancata necessità si può fare integrale richiamo a quanto concluso in altra sede con riguardo alle vendite competitive fallimentari<sup>76</sup>.

In particolare ivi si è condivisibilmente sostenuto che se in generale per le vendite fallimentari disposte con decreto risulta evidente l'inapplicabilità della disposizione in tema di dichiarazione di conformità - come si ricava dal dato letterale ("*atti ... tra vivi*" e "*prima della stipula dei predetti atti il notaio*"); dal rivolgersi la disposizione agli atti negoziali (con particolari requisiti di forma) di disposizione di beni immobili; dalla previsione della nullità, tipica dunque di un atto negoziale<sup>77</sup> - altrettanto deve concludersi quando il trasferimento sia disposto tramite un atto notarile a seguito di una procedura competitiva. Infatti si parte dal presupposto della natura coattiva della vendita anche in quel caso (per tutto quanto qui chiarito), e si osserva come il legislatore abbia positivamente manifestato di privilegiare la tutela del credito rispetto all'interesse tributario. Inoltre la giurisprudenza costituzionale ha chiarito che la norma di rango tributario (com'è quella di cui al comma 1°*bis* dell'art. 29 della l. 27 febbraio 1985) non può impedire od ostacolare l'attuazione giudiziale di un diritto perfetto, tanto più nell'ambito di una procedura funzionale alla protezione e soddisfazione del sistema creditizio in generale.

Con riguardo invece alla necessità di certificato di prestazione energetica, anche qui deve richiamarsi quanto concluso in altro studio<sup>78</sup>, nel senso della sua non necessità, per quanto però

<sup>74</sup> FAZZARI, *L'atto notarile di trasferimento a seguito di vendita fallimentare*, in *Studi e materiali*, 2012, 1265 ss. e in *Cnn Notizie* del 9 agosto 2012

<sup>75</sup> Sul punto, con particolare riferimento alle vendite fallimentari, cfr. *amplius* lo studio *Vendita fallimentare e atto notarile*, E.FABIANI e L. PICCOLO; n. 31-2018/E

<sup>76</sup> Cfr. studio *Vendita fallimentare*, cit., pagg. 15-18, e dottrina e giurisprudenza di merito ivi citata

<sup>77</sup> GASBARRINI, studio 1- 2011/E, "*Vendita forzata e nuova normativa*", cit.

<sup>78</sup> GASBARRINI, Studio n. 263-2014/c *Vendita forzata e attestato di prestazione energetica*, 27 ottobre 2014

della sua opportunità. E' vero che l'Autore di quello studio si è occupato essenzialmente di vendite che si concludono con decreto dell'autorità giudiziaria, ma ivi si specifica correttamente che l'esclusione della vendita forzata dal perimetro applicativo dell'obbligo di allegazione dell'attestato in parola discende dal fatto che il legislatore nel caso delle vendite forzate ha dato prevalenza all'interesse allo "snello esercizio del sistema creditizio" rispetto a quelli perseguiti di volta in volta dalla singola normativa. Con ciò, alla luce della più volte indicata natura forzata anche della vendita competitiva che si conclude con un atto notarile, non dovrebbe essere dubbio che anche in tal caso non sia necessario dotarsi dell'attestato in parola.

D'altronde in relazione all'opportunità di dotare l'atto dell'attestato nonostante la sua non previsione a pena di invalidità, da un lato la pratica evidenza come il relativo onere sia visto con notevole fastidio a fronte di un interesse trascurabile da parte dell'aggiudicatario, dall'altro risulta assai difficile imporre un onere di anticipazione a carico del creditore ove non previsto, posto che gli unici oneri che egli deve anticipare sono quelli preveduti dall'art. 8 TU n.115/2002, cioè quelli necessari al processo, e come visto quello in parola non è indispensabile per la vendita. Poiché gli oneri preveducibili della procedura concorsuale sono in tal senso analoghi alle spese che deve anticipare il creditore nell'esecuzione individuale, pare impropria l'imposizione dell'onere stesso anche nell'ambito di tali procedure.

Infine come noto la verifica della continuità delle trascrizioni nelle vendite forzate avviene sulla base della documentazione prevista dall'art.567 cpc.

Sebbene si sia già concluso nel senso che in ogni tipologia di vendita tale documentazione dev'essere presente, ed in particolare in ipotesi di vendita disposta con provvedimento del giudice si sia proceduto anche alla verifica formale delle continuità e della titolarità, è evidente che soprattutto in caso di vendita concordataria (che per quanto detto non è disposta da un provvedimento giudiziale neppure in base al CCI) tale verifica andrà effettuata dal rogante sulla base della documentazione che lo stesso acquisirà (si può peraltro affacciare il dubbio che, facendo ora l'art. 216, 1° co. CCI riferimento espresso all'art.173 bis disp att cpc, e quest'ultimo presuppone la presenza della documentazione di cui all'art.567 cpc, ormai anche nelle procedure concorsuali la stessa debba essere acquisita; vedremo come si orienteranno sul punto gli uffici giudiziari).

Chiaramente quindi lo spazio per la garanzia dell'evizione sarà qui decisamente più ampio di quanto accade nel caso della vendita forzata ordinaria.

Va in proposito infatti ricordato come la documentazione prevista dall'art.567 cpc ha l'essenziale scopo di consentire l'accertamento circa la titolarità del diritto oggetto del pignoramento e l'intestazione catastale, oltre al controllo della continuità delle trascrizioni e la presenza di atti trascritti od iscritti.

Trattasi però di una verifica meramente formale, sulla base della documentazione suddetta, che non esclude del tutto il rischio dell'evizione, ma sicuramente la delimita notevolmente, soprattutto se si considera che recente giurisprudenza ha esteso la necessità di produrre la documentazione anche oltre in ventennio, sebbene con conseguente formalmente differenti rispetto al disposto di cui all'art.567, 2° co., cpc.

Ne deriva, come già detto, che il notaio è tenuto a effettuare tutti i controlli usualmente posti in essere per normali rogiti.

Proprio a proposito dell'evizione, si pone infine il problema dell'applicabilità agli atti negoziali conseguenti alle vendite competitive degli artt. 2921 e 2922 c.c., che notoriamente prevedono la

possibilità di ripetere il prezzo in caso di evizione purché il ricavato non sia ancora stato distribuito, mentre escludono la garanzia dai vizi.

Che tali norme siano applicabili anche agli atti negoziali in parola discende dalla loro stessa *ratio*. Infatti si deve partire da una riflessione sulla connotazione propria della vendita forzata: all'esito del processo esecutivo si realizza un trasferimento coattivo del bene, in tutto distinto rispetto alla vendita volontaria, il quale infatti non è conseguenza dell'incontro di due volontà ma tra un provvedimento dell'organo esecutivo da un lato e un atto giuridico unilaterale di natura privata, l'offerta del potenziale acquirente, dall'altro<sup>79</sup>. Proprio l'originalità del trasferimento coattivo comporta dal punto di vista della disciplina, l'inapplicabilità delle norme di cui agli artt. 1460, 1481, e 1482 c.c. in base al disposto dell'articolo 2922 c.c. Inoltre non si applica la disciplina della garanzia per vizi, quella relativa alla rescissione per lesione, l'azione di risoluzione, di riduzione del prezzo e di risarcimento del danno.

Abbiamo visto che la giurisprudenza ha chiarito come la cessione anche in caso di vendite competitive, pur realizzandosi con uno strumento privatistico, resti di natura forzata, realizzando pur sempre un trasferimento coattivo, posto in essere a seguito di una procedura competitiva, di norma diretta da un organo terzo (il liquidatore) che pure si sostituisce al titolare nella stipula formale.

Al punto che la stessa giurisprudenza ammette che le conseguenze del mancato preventivo pagamento da parte dell'aggiudicatario-acquirente sono quelle di cui all'art.587 cpc e non quelle di cui all'art.1337 c.c.<sup>80</sup>

Se dunque anche la vendita così concepita è di natura forzata, gli artt. 2921 e segg. c.c. sono applicabili.

In particolare, oltre all'esclusione della garanzia per i vizi (e quindi delle azioni di cui agli artt. 1490 e 1497 c.c.), per costante giurisprudenza l'azione di evizione non può essere esercitata se non nelle forme stabilite dalla procedura (nel caso del processo esecutivo tramite ricorso ex art.617 cpc; nel caso di procedure concorsuali usualmente ai sensi dell'art.26 l.f.)<sup>81</sup>, e sempre che il procedimento sia ancora pendente<sup>82</sup>, proprio perché a diversamente concludere si determinerebbe inevitabilmente un forte rischio per la stabilità dell'aggiudicazione e della medesima espropriazione. Peraltro sarà ammissibile anche la garanzia dall'evizione parziale di cui all'art.1489 c.c. così come accade in tema di esecuzione forzata<sup>83</sup>, anche qui con speciale riferimento al caso di difformità edilizie<sup>84</sup> (che peraltro come vedremo nel caso della vendita forzata è piuttosto inquadrabile nel tema *dell'aliud pro alio datum*) e vincoli di inedificabilità.

<sup>79</sup> Cass. n. 7708/2014, in motivazione, "(...) *Sebbene si affermi correttamente che non vi sia alcuna differenza, dal punto di vista economica, tra la vendita forzata e la vendita volontaria, poiché la funzione e lo scopo della prima sono comunque la trasformazione di un bene fungibile, appartenente al patrimonio del debitore, in denaro, la differenza è invece sensibile dal punto di vista giuridico, non potendo assimilarsi la vendita forzata all'incontro di due volontà negoziali, quali si estrinsecano nel contratto di compravendita, visto che – al contrario – essa si articola nell'incontro della volontà negoziale di una sola parte, cioè dell'acquirente, con un disposizione coattive emessa dall'organo giurisdizionale che procede alla vendita*".

<sup>80</sup> Cass. 6.9.2006, n.19142

<sup>81</sup> *Ex plurimis*, Cass.31/10/2017, n. 25861; Cass. ord. 27/07/2017, n. 18723; Cass. 22/12/2015, n. 25743; Cass. 25110 del 2015; Cass. 31/08/2015, n. 17306; Cass. 30/12/2014, n. 27533; Cass. 13/11/2014, n. 12881; Cass. 28/09/2012, n. 16529; Cass. 09/05/2012, n. 7051; Cass. 13/05/2010, n. 11597; Cass. 17/03/2010, n. 6487; Cass. 30/04/2009, n. 10099

<sup>82</sup> Sull'individuazione di tale momento ultimo Cass. n. 12242/2016

<sup>83</sup> Cass. 10285/10

<sup>84</sup> Cass 11218/91

Calando tali principi al caso delle vendite competitive in materia concordataria, è evidente che in ipotesi di vendita secondo il codice di rito, in caso di evizione potrà essere promosso avverso il decreto di trasferimento il reclamo ai sensi dell'art.26 l.f. e in caso di vendita con subentro in procedura esecutiva in corso sarà invece ammissibile il ricorso all'opposizione ex art.617 cpc.

Non sarà invece possibile in caso di vendite competitive procedere con reclamo ex art.26 l.f., e pertanto si dovrà agire con le acconce azioni contrattuali, seppur nei limiti di cui sopra.

Dunque l'aggiudicatario, avuta idonea notizia dell'esistenza di un atto pregiudizievole (si pensi alle pretese di un terzo che ritiene di essere divenuto proprietario del bene a titolo originario, come accade nell'ipotesi di usucapione), ha l'onere di attivarsi per acquisirne quella pienezza di conoscenza dei contenuti tale da valutare se proporre o meno l'azione relativa.<sup>85</sup>

D'altra parte, in linea con la tradizionale esegesi in punto di opposizione agli atti esecutivi, spetta all'opponente dimostrare di aver conosciuto il presupposto dell'azione in un determinato momento<sup>86</sup>.

Sempre l'aggiudicatario potrà poi sostenere, soprattutto in caso di natura abusiva del bene, come lo stesso costituisca per ciò un *aliud pro alio datum*, dovendosi peraltro qui individuare il *dies a quo* per l'esperimento dell'azione, che ancora una volta va inquadrata alla luce dei principi sopra esposti in tema di forme con cui far valere l'evizione, nella concreta acquisizione della differenza tra bene trasferito e bene offerto.

La *ratio* della tutela è nel senso che se il bene trasferito è diverso da quello indicato e descritto negli atti della gara, viene meno il nucleo essenziale e l'oggetto stesso della vendita forzata; è logico però che se essa è caducabile con gli ordinari rimedi interni al procedimento se scaturisce in un provvedimento giudiziale che per quanto sopra risulta viziato, altrettanto non si può dire nell'ipotesi in cui l'atto finale abbia natura formalmente negoziale, e allora l'azione non potrà che essere anche qui di natura contrattuale, ma allo stesso tempo non potrà essere esercitata, al pari dell'analogo azione con cui si fa valere l'evizione, oltre l'avvenuto riparto del ricavato, nel senso che tra breve si preciserà.

In proposito va sottolineato come la giurisprudenza proprio in tema di vendita forzata sia piuttosto rigorosa nell'individuare i presupposti per la tutela in caso di *aliud pro alio datum*.<sup>87</sup> Ed allora particolare attenzione dovrà essere posta alla perizia di stima, che già in base alla legge

<sup>85</sup> Da ultimo sulla sufficienza di una conoscenza sommaria o anche solo di mero fatto Cass. n. 5172/2018. Nella fattispecie esaminata la Corte di legittimità ha ritenuto sufficiente, ai fini della valida decorrenza del termine decadenziale di cui all'art. 617 c.p.c. anche la comunicazione del solo dispositivo del provvedimento passibile di impugnazione agli atti quando idonea a far acquisire una conoscenza anche solo informale di un dispositivo chiaramente pregiudizievole.

<sup>86</sup> Cass. civ. n. 11729/2017 ha più recentemente ribadito i principi enunciati nel 2014 in ordine all'individuazione del *dies a quo* "(...) può a tal fine, qui bastare un richiamo a quanto sul punto elaborato dalla giurisprudenza di questa Corte con sentenza 2/4/2014 n. 7708 (e quindi fin da prima della sentenza qui gravata), confermata successivamente (v., ad es., Cass. 29.01.2016 n. 1669): in base alla quale anche l'ipotesi del c.d. *aliud pro alio*, soprattutto poi per chi assume la qualità di soggetto del processo esecutivo (quale senza dubbio è il debitore esecutato, quindi, quali sono gli odierni ricorrenti), va fatta valere nelle forme dell'art. 617 c.p.c., sia pure decorrendo il relativo termine dalla conoscenza del vizio o della difformità integranti la diversità del bene aggiudicato rispetto a quello offerto; ma occorrendo allora, per l'opponente, allegare e provare gli elementi per fondare la tempestività della relativa opposizione agli atti esecutivi ed all'interno del processo esecutivo in cui il decreto di trasferimento è stato emesso"

<sup>87</sup> Si è ad esempio esclusa la tutela in parola in ipotesi di mera differenza quantitativa del bene aggiudicato, cfr. Cass.9.10.1998 n. 10015, Cass.06.10.2016 n. 21480; e ancora di temporanea situazione di inagibilità dell'immobile e totale recuperabilità della sua salubrità, cfr. Cass.29.1.2016, n. 1669

fallimentare in base ad una prassi virtuosa, ed ora in virtù dell'espresso disposto dell'art.216 CCI, dovrà contenere ogni verifica relativa alla regolarità urbanistico-edilizia del bene.

Va peraltro ricordato che gli abusi minori, che cioè non compromettono la destinazione del bene o la sua commerciabilità, e che appunto sono sanabili, sono in realtà equiparabili a vizi della cosa venduta e pertanto in base al richiamato disposto dell'art.2922 c.c. non sono rilevanti.

Sia in ipotesi di evizione che di ricorrere dei requisiti dell'*aliud pro alio datum*, ove i relativi presupposti vengano conosciuti dall'aggiudicatario successivamente al riparto il rimedio non potrà che essere costituito da un'azione di ripetizione nei confronti di quanti abbiano ricevuto soddisfazione dal ricavato stesso, rimedio quantomai inidoneo se si considera proprio in ipotesi di procedure concorsuali come esso venga parcellizzato fra numerosi, talora numerosissimi creditori, fra i quali non può essere ricostruita alcuna ipotesi di solidarietà.

A tal rimedio comunque si aggiunge, soprattutto in tema di *aliud pro alio datum*, il rimedio di carattere risarcitorio nei confronti dei professionisti coinvolti (rimedio peraltro limitato ai danni subiti e non già al prezzo corrisposto, che invece deve essere appunto richiesto ai creditori soddisfatti)<sup>88</sup>.

In ogni caso è esclusa anche in tal caso la responsabilità del notaio nella misura in cui, soprattutto a seguito del nuovo art.216 CCI, esiste una perizia che, ai sensi del richiamato art.173 bis disp att cpc, ha una rilevanza procedimentale nel senso che alle relative risultanze il rogante (come del resto il giudice in sede di decreto di trasferimento) può attenersi.

Da ultimo va ricordato che a tutte le vendite è inapplicabile il retratto successorio perché non si tratta di alienazione volontaria<sup>89</sup>.

### **11. La cancellazione. Il riparto.**

In relazione invece alla cancellazione delle formalità, in caso di subentro, e così pure in ipotesi di vendita effettuata in base alle norme del codice di rito, la stessa sarà integralmente disciplinata dall'art.586 cpc, mentre nelle altre ipotesi si farà applicazione dell'art.114, 4° co., ult. parte, CCI (così come in precedenza si applicava l'art.182, 5° co., l.f.).

Aldilà delle modalità di cancellazione, che appaiono decisamente simili a quanto previsto dal codice di rito anche in ipotesi di vendita competitiva, due sono le problematiche che pone la disposizione di cui all'art.114 CCI, appena richiamata: la prima attiene al fatto che le cancellazioni stesse si riferiscono (come già accadeva per l'art.108 l.f.) ad "ogni altro vincolo" rispetto a quello derivante dal pignoramento e dall'iscrizione ipotecaria.

Sotto tal profilo si deve ritenere che la disposizione alluda a trascrizioni derivanti dalla stessa procedura, e quindi il decreto (e oggi la sentenza) di omologazione del concordato o di apertura

<sup>88</sup>Si è in particolare individuata la responsabilità dell'esperto stimatore in ordine alle erronee informazioni o vizi della cosa (si possono citare: la fattispecie in cui dimensioni dell'immobile non sono verificate, e dopo la vendita, si verifici che le dimensioni del bene sono inferiori a quelle indicat, cfr. Cass.2.2.2010 n. 2359, che afferma la responsabilità dell'esperto); l'ipotesi della inesatta prospettazione degli oneri di regolazione urbanistica gravanti sull'immobile (Cass. 23.6.2016 n. 1301); la responsabilità del custode per il ritardo nella consegna della cosa; la responsabilità del custode, del debitore o dell'eventuale terzo coinvolto per il danneggiamento della cosa (Cass. 30.6.2014 n.14765).

<sup>89</sup> CC 339/94

dello stesso (analogamente la corrispettiva disposizione di cui agli artt. 217 CCI e 108 l.f. si riferisce rispettivamente alla sentenza di apertura della liquidazione giudiziale ed a quella di fallimento)<sup>90</sup>.

Quanto agli altri vincoli, i beni immobili possono essere gravati da numerose tipologie degli stessi (es. di carattere urbanistico, derivanti da apposite convenzioni, ovvero di natura conformativa, come i vincoli storici e paesaggistici<sup>91</sup>) che certamente non possono che traslarsi in capo all'acquirente anche in sede di vendita fallimentare (così come negli altri casi di vendita forzata), per cui la relativa annotazione non può essere oggetto di cancellazione. Soprattutto la potestà in parola, come anche in sede esecutiva, non può essere estesa a domande trascritte ex art. 2652 c.c.<sup>92</sup>, ferma restando l'inopponibilità all'acquirente di quelle successive alla declaratoria di fallimento, e quindi di apertura del concordato, salvi i casi per i quali la legge ne prevede l'efficacia retroattiva (es. domande di nullità o di riduzione di donazione o di istituzioni testamentarie lesive della quota di legittima)<sup>93</sup>. Dubbia appare poi l'ipotesi del sequestro giudiziario di cui all'art. 670 c.p.c. Per parte della dottrina<sup>94</sup> tale provvedimento non va cancellato per la semplice ragione che finché la controversia sulla proprietà del bene non si sia risolta, neppure potrebbe procedersi alla vendita, circostanza che in realtà è tutt'altro che scontata, dovendosi invece ritenere che la procedura, nel disporre la vendita, debba informare compiutamente gli interessati della sussistenza della controversia, e tenerne conto ai fini della determinazione del relativo prezzo.

Deve piuttosto seriamente dubitarsi circa la trascrivibilità del sequestro giudiziario, posto che in realtà in caso di controversia sulla proprietà relativa ai beni immobili è sufficiente la trascrizione della domanda giudiziale<sup>95</sup>. Se poi, in aderenza a diverso orientamento, il sequestro in parola fosse stato comunque trascritto non pare proprio potersi procedere alla relativa cancellazione nelle forme di cui all'art. 108 cit., dovendo invece l'acquirente far valere nelle opportune sedi la relativa non trascrivibilità.

Ancora merita sottolineatura il fatto che la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni successive alla sentenza di omologazione discende dallo stesso art.45 l.f., e per la liquidazione giudiziale dall'analoga disposizione del CCI (art.145); nel caso del concordato essa è opportuno venga

<sup>90</sup> Per un'interpretazione che recepisce una nozione più ampia di siffatto riferimento, cfr. LORENZETTO PESERICO, *L'ordine di cancellazione di formalità contenuto nel decreto di trasferimento*, Studio 192-2017/C, ivi § 10, cui si rimanda per le ampie argomentazioni.

<sup>91</sup> A questo proposito deve ricordarsi, con riferimento alla prelazione spettante allo stato in caso di alienazione di beni soggetti a vincolo storico ed archeologico, che usualmente le procedure inseriscono nel bando la soggezione del bene alla prelazione, e successivamente all'aggiudicazione trasmettono il relativo verbale alla Soprintendenza per far decorrere il termine previsto. Decorso inutilmente lo stesso si procede all'emissione del decreto di trasferimento oppure alla stipula dell'atto di trasferimento.

<sup>92</sup> In senso affermativo v. invece GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2008, 1499; nel senso di cui al testo invece Cass. n. 13212/2003; in dottrina *ex plurimis* D'AQUINO - FONTANA, in AA.VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Ferro (a cura di), Padova, 2007, 835.

<sup>93</sup> È noto che la presenza di domande trascritte inopponibili ha come rimedio un'azione di ordinaria cognizione.

<sup>94</sup> Così GROSSI, *op. cit.*, 1500.

<sup>95</sup> In tal senso App. Roma 16 maggio 2005, in *Ref.*, 2005, 601; Trib. Rossano Veneto 2 luglio 2011, in *DeJure*, 2011; Trib. Bergamo 15.4.2002, in *FI*, 2002, I, 2503, con nota di CAPONI; per il rilievo che la trascrivibilità delle domande giudiziali renderebbe addirittura inammissibile il sequestro giudiziario, Trib. Tempio Pausania 7.1.1988, in *Temi rom.*, 1988, 131, ed in *Dir. fall.*, 1988, II, 320; sempre in tal senso, ed in particolare sull'osservazione del fatto che in ragione della trascrivibilità delle domande giudiziali l'art. 677 c.p.c. non fa menzione della trascrizione (a differenza di quanto previsto dall'art. 679 c.p.c. in relazione al sequestro conservativo) PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, V ed., Napoli, 2006, 6139. La giurisprudenza di legittimità ha poi chiarito che la funzione del sequestro giudiziario è proprio connessa alle esigenze non cautelabili dalla trascrizione; cfr. Cass. 5.1.2000, n. 46, in *FI*, 2000, I, 1478.

disposta espressamente, ma anche in tal caso la stessa sarà inefficace grazie al richiamo di cui all'art.169 l.f. (ed oggi all'art.96 CCI).

Ben più complessa è l'interpretazione della norma, di cui all'art.114, 4° co., ultima parte, che prevede la salvezza della diversa disposizione nel decreto (oggi sentenza) di omologazione, come già era previsto all'ultimo periodo dell'art.182, 5° co., l.f..

In base a una prima interpretazione di tale norma parrebbe che il legislatore abbia consentito, seppur solo in sede di provvedimento giudiziale (quindi non con la semplice previsione di piano) la possibilità di cancellazione senza ordine del giudice, ma appunto a cura del notaio rogante.

Ciò potrà avvenire intanto solo in caso di vendite competitive, e non in base al codice di rito (visto che si disciplina un decreto di cancellazione che non esiste ove il giudice sia investito della potestà di disporre il trasferimento), ed a seguito di espressa previsione in tal senso contenuta nel provvedimento di omologazione, e quindi anche se prevista nel piano potrà il provvedimento stesso legittimamente escludere tale deroga.

La norma peraltro potrebbe anche interpretarsi nel senso che la stessa consente di disciplinare la cancellazione in base al diritto comune, cioè sulla base del consenso dei creditori iscritti. In tal caso la sentenza di omologazione, preso atto che gli stessi (evidentemente in base alle previsioni di piano) non avrebbero interesse a ostacolare la cancellazione negando il loro consenso, può escludere il potere di cancellazione officioso.

Diversa poi la portata dell'art.118, 7° co., CCI, secondo il quale il tribunale in composizione monocratica provvede alla cancellazione e può anche delegare il notaio all'atto di trasferimento.

Si tratta, come denuncia la stessa iniziativa in capo al commissario, dell'atto di trasferimento che, indipendentemente dalla previsione di piano e della sentenza di omologazione, viene posto in essere a seguito della procedura di vendita diretta dallo stesso commissario in sostituzione del debitore, a seguito di inerzia di quest'ultimo nell'esecuzione della proposta omologata (4° co. della stessa disposizione).

Qui di norma l'atto di trasferimento, conseguendo ad una vendita non eseguita dal soggetto indicato nel piano (di norma l'imprenditore sotto la vigilanza del commissario, posto che chiaramente se la previsione fosse stata di seguire le norme del codice di rito l'inerzia del debitore non avrebbe inciso sulla liquidazione, che si sarebbe realizzata appunto tramite l'ufficio), dovrebbe essere costituito da un decreto del giudice, come si comprende dalla stessa disposizione che infatti facoltizza il giudice a disporre la delega – peraltro solo ad un notaio - solo ove ritenuto opportuno. E prevedere la delega significa avere la relativa potestà. Tale delega viene conferita appunto proprio per l'atto di trasferimento, il che dunque rappresenta una scelta ben differente dalla delega a predisporre il decreto come previsto in base al disposto dell'art.591-bis cpc, poiché quello emesso dal notaio sarà appunto l'atto di trasferimento che, sebbene non rivesta la forma di decreto, sarà pur sempre un atto di provenienza giudiziale. Si noti che la struttura della disposizione impone in ogni caso, cioè appunto anche in caso di cancellazione, che la cancellazione sia comunque riservata al giudice (si precisa in composizione monocratica).

La relazione illustrativa sul punto pare frutto di un refuso, perché asserisce la delega all'emissione del decreto come riproposizione del testo dell'art.185 l.f., che però di tali aspetti non fa il minimo cenno.

Con specifico riguardo alla procedura concordataria, non v'è peraltro molto altro da dire in proposito, le più ampie diatribe essendosi in passato incentrate sull'applicabilità del potere purgativo anche in caso di vendite effettuate sulla base di atti negoziali non preceduti da

procedure competitive, con speciale riferimento alla stipulazione di contratti definitivi da parte del commissario<sup>96</sup>.

Peraltro si pone il quesito circa la cancellazione dei pignoramenti presenti sul bene. In particolare la questione si pone con riferimento all'omologazione: se è indiscusso che una volta presentata la domanda (e su istanza del debitore e provvedimento del tribunale entro un mese, in base al CCI) le procedure esecutive entrano in uno stato di quiescenza qualificabile come temporanea improcedibilità, l'avvenuta omologazione dovrebbe determinare la definitiva improcedibilità delle procedure esecutive individuali.

A quel punto quindi si dovrebbe procedere alla cancellazione della relativa trascrizione.

Quando il concordato è omologato, infatti, i creditori non hanno più diritto ad ottenere la soddisfazione delle loro originarie pretese, ma potrebbero agire contro il debitore, previa risoluzione del concordato stesso, attraverso una nuova esecuzione<sup>97</sup>, e d'altronde finché il concordato non sia risolto rimarrebbe la trascrizione del provvedimento di apertura. Chiaramente se la vendita avvenisse anteriormente la cancellazione avverrebbe in quella sede.

Da chiarire invece che solo con l'avvenuta completa esecuzione del concordato si avrà la possibilità di cancellare la trascrizione del provvedimento di apertura dello stesso.

La norma in esame non disciplina espressamente il riparto delle somme ricavate, ma nessun'altra disposizione in tema di concordato lo fa. La distribuzione compete peraltro sicuramente al liquidatore, ed è attività influenzata certamente dal fatto che in sede concordataria non si procede all'accertamento dei crediti, per cui chi non fosse d'accordo con il "piano di riparto" predisposto dal liquidatore acquisito il parere del commissario, dovrà non già proporre un inammissibile reclamo (forma impugnatoria non prevista dal codice come già era per la legge fallimentare) ma dovrà chiedere l'accertamento del proprio credito in sede di cognizione ordinaria, nei termini indicati al § 4.<sup>98</sup>.

In particolare il liquidatore non risulterà vincolato dall'elenco dei creditori allegato alla domanda di concordato, né alla qualificazione dei crediti ivi inseriti come privilegiati o chirografari, e neppure sarà vincolato da eventuali decisioni in merito assunte dal g.d. in sede di ammissione provvisoria al voto (art.108 CCI).

Trattandosi di concordato per cessione *pro solvendo*, dopo pagata la percentuale promessa, l'eventuale supero dovrebbe essere restituito al debitore, laddove invece nel caso del concordato per cessione *pro soluto* il ricavato dovrà essere attribuito ai creditori fino alla concorrenza del valore nominale dei rispettivi crediti.

Un cenno merita indubbiamente il pagamento dei creditori titolari di privilegio speciale, in rapporto alla prededuzione, che in linea generale va pagata sempre prima di ogni altro credito.

Dall'art.98 CCI si ricava che il diritto al tempestivo soddisfacimento dei creditori ipotecari sopravanza quello dei prededucibili.

<sup>96</sup> Sul punto si rinvia al mio *Cancellazione delle formalità ex art. 108 e "atti negoziali" del curatore*, in *Fall*, 2018, 1457

<sup>97</sup> Così AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, Torino, 2014, 378; id. BORTOLOTTO e TOSI, *Il giudice dell'esecuzione alle prese con le procedure concorsuali: punti fermi e proposte per nuove prassi operative*, in corso di pubblicazione su REF.

<sup>98</sup> Trib. Monza, 3.6. 2015, in *Fall*, 2016, 212; TRENTINI, *ivi*, *Ripartizioni disposte con l'omologazione e rimedi a favore del creditore pretermesso*

Orbene, pur in assenza di uno specifico richiamo, sono dell'opinione che l'unico modo per gestire concretamente la prededuzione in materia concordataria sia quello di ritenere ivi applicabili i fondamentali artt. 221, 222, 223 CCI, in quanto applicabili (ad es. è senz'altro inapplicabile l'art.222 CCI, in quanto riferito all'accertamento del passivo).

Una prima regola di nostro interesse è quella contenuta nell'art.221 CCI, in base alla quale dall'attivo mobiliare ed immobiliare su cui si deve anteriormente soddisfare la prededuzione, vanno esclusi i beni soggetti a prelazione reale.

Tale disposizione dev'essere però certamente integrata con il disposto del successivo art.223 CCI, in base al quale si deve tenere un conto autonomo delle vendite dei beni oggetto di privilegio speciale ed ipoteca, con analitica indicazione delle entrate e delle uscite di carattere specifico e della quota di quelle di carattere generale imputabili a ciascun bene secondo un criterio di proporzionalità.

Da tale disposizione, che non ha certo natura meramente contabile, ma anzi ha valore sistematico e sostanziale<sup>99</sup>, si deduce che sul ricavato dei beni ipotecati deve pur gravare una parte della prededuzione, ed in particolare quella generata dai costi specificamente attribuibili ai beni stessi (per la loro amministrazione e poi per la loro liquidazione), oltre che una quota proporzionale delle spese generali.

Di tale principio si ha ampio riscontro giurisprudenziale<sup>100</sup>. Ora sulle spese specificamente riferibili all'amministrazione ed alla liquidazione non v'è molto da dire: anzitutto in ambiente concordatario si scontrerà il fatto che non si ha se non uno spossessamento attenuato, caratterizzato dal fatto che il bene rimane nella fisica disponibilità del debitore fino alla sua liquidazione, pur con i limiti derivanti dai poteri gestori del commissario (fino all'omologa) e successivamente del liquidatore, i quali non possono esercitare un potere dispositivo che esorbiti le previsioni del piano concordatario<sup>101</sup>. Questo però non comporterà che le spese di gestione (es. imposte locali, custodia, spese condominiali) saranno estranee perché comunque la gestione stessa verrà effettuata sì dall'imprenditore nei limiti suddetti, ma nell'ottica liquidatoria. Senza meno poi graveranno sul ricavato le spese strettamente connesse alla liquidazione (quindi il compenso per il delegato, spese di pubblicità e di trasferimento in quanto gravanti sulla procedura). Per la specifica ipotesi del concordato, a quelle suddette si aggiungeranno i costi di stima e quelli per la relazione di cui all'art.85, 7° co., CCI. Circa la definizione della percentuale proporzionale delle spese generali, la norma in parola fa esplicito riferimento al criterio di "proporzionalità", ma a mio avviso ciò non nega l'attuale riferibilità a elementi ritraibili dalla concreta fattispecie, come ha ritenuto la giurisprudenza, sebbene anteriormente all'entrata in vigore della norma<sup>102</sup>.

La richiamata giurisprudenza ha sempre dettato come criterio per la determinazione quello della percentuale di incidenza del ricavo dal bene ipotecato sull'intero attivo solo in mancanza di specifici elementi, che però vengono individuati nella verifica dell'utilità delle spese generali per il creditore garantito<sup>103</sup>. Nel caso del concordato il criterio proporzionale suddetto potrebbe essere agevolmente applicato al compenso del liquidatore, per quanto si riferisce il commissario<sup>104</sup>

<sup>99</sup> Trib. Milano, 21.5.2015, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), con nota di GRATTERI)

<sup>100</sup> (Cass\_11.1.1995, n.251, in *Fall*, 1995, 828

<sup>101</sup>LUCARELLI, *Concordato preventivo: i poteri degli organi della procedura dopo l'omologazione*, in *Altalex*, pubbl. 29/09/2016

<sup>102</sup> Sul punto già Cass 29.10.1968, n. 3609

<sup>103</sup> Il riferimento alla necessità di far capo a specifiche utilità per il creditore ipotecario risale addirittura a Cass. Roma 20 feb.1939, n. 575; da ultimo Cass. 11500/2010.

<sup>104</sup> Tra le spese generali fa riferimento agli onorari degli organi concorsuali Cass.6.6.1997, n. 5104

occorrerà piuttosto tener conto dell'attività di vigilanza dallo stesso svolta sul bene (e addirittura quella di gestione e liquidazione posta in essere eventualmente dallo stesso nella fase ante omologa). Ma ben difficilmente potranno essere poste a carico proporzionale dell'ipotecario le spese di attestazione del piano, quelle di assistenza legale del proponente, nonché la prededuzione disciplinata dagli artt. 99, 101 e 102 CCI (la finanza prededucibile), strumentale com'è ad altro che non sia la realizzazione della garanzia del creditore ipotecario. Così pure vale per i crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente posti in essere durante la fase della prosecuzione dell'attività in pendenza della domanda. In fondo, come afferma il SC<sup>105</sup>, va ricordato che le utilità per il creditore ipotecario non possono essere individuate nell'esistenza stessa della procedura concorsuale; la quale è, anzi, per molti aspetti, subita dagli stessi, in quanto la garanzia che assiste il loro credito assicurerebbe, comunque, il soddisfacimento delle loro ragioni, anche mediante l'esecuzione individuale.

<sup>105</sup> Cass. 251/1995, cit