

Liquidazione dei beni

# La “programmazione” della liquidazione del concordato preventivo da parte del debitore e la natura delle vendite concordatarie (\*)

di Massimo Fabiani

L'Autore affronta il tema dell'autonomia negoziale nella fase della liquidazione dei beni nel concordato preventivo, pervenendo alla conclusione che non vi sono più modelli prestabiliti e che pertanto sia la scelta del liquidatore sia la programmazione della liquidazione possono essere affidate all'iniziativa del debitore, ma con alcune cautele.

## 1. La flessibilità della proposta di concordato preventivo

In molte occasioni si è avuto modo di precisare che secondo un sentire diffuso uno dei valori maggiormente qualificanti del nuovo concordato preventivo è rappresentato dall'estrema flessibilità del contenuto della proposta che si regge, a sua volta, sull'assoluta atipicità del piano. Rispetto al passato regime quello della *flessibilità* (1) è uno dei valori dominanti del nuovo concordato preventivo, visto che il debitore può organizzarlo nel modo che reputa più appetibile per i creditori e al contempo meno pregiudizievole per sé.

E così, se nella proposta il debitore subisce alcuni vincoli - quelli da graduazione (2), quelli da rispetto della causa di prelazione e quelli di pari trattamento in caso di concordati senza classi ovvero all'interno di ciascuna classe -, quanto al confezionamento del piano e dunque del programma di attività che dovrebbero risultare funzionali all'adempimento, l'imprenditore ha, davvero, un ampio *carner* di strumenti. Assumere che un valore fondante del nuovo concordato è la flessibilità della proposta (3) significa innanzi tutto predicarne la detipizzazione (4) non più astretta fra garanzia e *cessio bonorum*. In passato il debitore poteva optare solo fra

### Note:

(\*) Il presente contributo rappresenta un terzo atto, suddiviso in due fascicoli per ragioni di spazio del proficuo dialogo col Presidente Giuseppe Bozza, il cui saggio è pubblicato in questa *Rivista*, 2012, 7, 767.

(1) V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 148; G. Jachia, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in G. Fauceglia - L. Panzani (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, 3, Torino, 2009, 1584; S. Bonfatti - P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, 523; S. Pacchi, *La valutazione del piano del concordato preventivo*, in *Dir.fall.*, 2011, I, 95; G. Canale, *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, in *Giur.-comm.*, 2011, I, 358; T.E. Cassandro - C. Ceschel - S. Nicita - E. Norelli, *Il concordato preventivo*, in U. Apice (diretto da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, III, Torino, 2011, 49; F. Santangeli, *Auto ed etero tutela dei creditori nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa (il piano di risanamento, l'accordo di ristrutturazione, il concordato preventivo) - Le tutele giudiziali dei crediti nelle procedure ante crisi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 616.

(2) S. Ambrosini, *Il concordato preventivo» e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 1, Padova, 2008, 46; A. Nigro - D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 341.

(3) G. Racugno, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur.comm.*, 2009, I, 889; S. Bonfatti - P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 522; A. Patti, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, 124; S. Pacchi - L. D'Orazio - A. Coppola, *Il concordato preventivo*, in A. Didone (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, 1780; L. Stanghellini, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 353; G.U. Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 543; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, 322.

(4) G. Ivone, *Sugli atti di frode nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2011, II, 142.

queste due alternative e la giurisprudenza aveva assunto un atteggiamento rigido, tant'è che aveva negato che una garanzia potesse essere considerata il patrimonio del debitore e la prosecuzione dell'attività.

Oggi queste strettoie sono indubbiamente scomparse. Il debitore può organizzare la proposta come meglio crede, sia conservando gli schemi tradizionali (5), sia adattando fra loro quegli schemi, sia creandone di nuovi.

L'esperienza di questi anni ci orienta nel senso che esistono, ancora, nella prassi modelli standardizzati di concordati e fra questi il più utilizzato è lo schema della c.d. "cessio bonorum". Tuttavia occorre essere, subito, molto chiari. Non esiste più lo schema unico della cessione dei beni ai creditori tramite lo strumento del mandato affidato ad un liquidatore giudiziale nominato dal tribunale (6), ma tanti diversi schemi che si possono più o meno significativamente distaccare dall'esperienza del passato (7), pur se le prime evoluzioni della specie non mancano, così che i modelli stanno divenendo sempre più ibridi.

In tal senso, proporre che vengono ceduti i beni poco significa se non si stabilisce qual è precisamente l'obbligazione che il debitore si assume (8), e ciò non senza ricordare come già nel previgente assetto normativo fosse molto discussa la natura della cessione.

La detipizzazione della proposta consente, oggi, di formulare ipotesi assai variegata (9), a condizione che vengano esplicitate nella domanda alla luce della nuova formulazione dell'art. 161 l.fall. Infatti un conto è assumersi l'obbligazione: i) di trasferire i beni ai creditori in una sorta di comunione *pro-indiviso*, altro conto è ii) offrire di pagare i creditori in una certa misura con il ricavato della vendita dei beni ed infine altro conto ancora è iii) impegnarsi a cedere i beni distribuendo il ricavato ai creditori ma senza assumere alcuna obbligazione sulla misura del soddisfacimento (10). Ed ancora, pur se non praticate allo stato, non si può escludere che vengano prospettate soluzioni come quella di trasferire i beni ad un terzo che provveda poi a soddisfare i creditori, come pure quella di attribuire ai creditori la gestione dell'impresa e cioè un trasferimento di poteri gestori senza passaggio nella titolarità dei beni (11).

La prima ipotesi, non realizzabile in passato, si traduce, nella sostanza, in una *datio in solutum*, posto che ai creditori in luogo di denaro viene offerto un valore diverso (la quota di proprietà su beni o addirittura su un patrimonio). Questa modalità, pur

non espressamente prevista, la si deve intendere certamente ammissibile per derivazione dal fatto che l'art. 160 della l.fall. consente che ai creditori sia attribuito in pagamento una quantità di titoli di partecipazione al capitale sociale, ciò che conferma

---

**Note:**

(5) V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., 147.

(6) V, per tutti, G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, 655; G. Canale, *Il procedimento di liquidazione dei beni ceduti nel concordato preventivo*, Padova, 1996, 47; Cass., 13 aprile 2005, n. 7661, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Concordato preventivo*, n. 67.

(7) F. Filocamo, *sub art. 182*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2011, 2084; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 319; M. Perrino, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nel concordato mediante cessione*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 699; G. Peracini, *Concordato preventivo e cessio bonorum con classi. Trattamento dei creditori privilegiati generali e inquadramento giuridico dei «vantaggi differenziali»*, in *Dir. fall.*, 2011, I, 40. Ad esempio, Trib. Palermo, 18 maggio 2007, in questa *Rivista*, 2008, 75, ha ritenuto compatibile il concordato con cessione dei beni con la continuazione dell'attività d'impresa.

(8) Sull'atipicità assoluta della cessione, vedi M. Perrino, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione*, cit., 699. L'effetto di esdebitazione si consegue con il trasferimento dei beni, se cessione traslativa (C. Cavallini-B. Armeli, *sub art. 182*, in C. Cavallini (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, III, Milano, 2010, 744), o con il pagamento se cessione dispositiva, ma poiché è prevista la salvezza del patto contrario (vedi art. 1984 c.c.) non si può escludere che il debitore proponga ai creditori che l'effetto esdebitatorio si consegua con l'omologazione e la messa a disposizione dei beni, trasferendo sui creditori il rischio di una liquidazione non coerente con le attese, vedi P.F. Censoni, *Il concordato preventivo»: organi, effetti, procedimento*, in A. Jorio - M. Fabiani (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010, 1016; S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 34; G. Racugno, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, in V. Buonocore-A. Bassi (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, I, Padova, 2010, 501. Per D. Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 742, è obbligatoria la previsione di un limite minimo e impegnativo di soddisfo; così anche Trib. Milano, 21 gennaio 2010, in questa *Rivista*, 2010, 1315, che non ha omologato un concordato nel quale non era stabilita la percentuale di soddisfacimento dei creditori derivante da una cessione dei beni; mentre App. Milano, 20 marzo 2009, in questa *Rivista*, 2010, 340 ha rigettato un reclamo in cui si chiedeva di revocare provvedimenti del giudice diretti a integrare le modalità della liquidazione.

(9) C. Cavallini - B. Armeli, *sub art. 182*, cit., 746.

(10) P.F. Censoni, *Il concordato preventivo: organi, effetti, procedimento*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, cit., 1016; S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 34; G. Racugno, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, cit., 501. Per D. Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, cit., 742, è obbligatoria la previsione di un limite minimo e impegnativo di soddisfo.

(11) G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 188; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 328.

che la soddisfazione del credito non deve avvenire esclusivamente in denaro (12).

La seconda ipotesi replica quella di cui all'art. 160 della l.fall. prima della riforma ed è tuttora sicuramente possibile, ma con la rilevante differenza che il debitore non ha una soglia minima di remunerazione che deve per forza osservare (13).

Ciò che risulta decisivo è prendere atto che nel contesto di una ampliata autonomia negoziale nel concordato, anche la gestione della liquidazione può essere articolata con modalità così eterogenee (e se si vuole, così eterodosse) che ciascuna fattispecie va partitamente trattata. In tale contesto, nelle riflessioni che seguono saranno prese in esame, più a scopo classificatorio e di comodità, talune ipotesi più ricorrenti, ma nella ferma convinzione che la fantasia dell'imprenditore e del professionista che lo assiste potrà suggerire altre forme.

## 2. La cessione dei beni fra piano e proposta

Prima di entrare nel dettaglio dell'esposizione, se è condivisibile il suggerimento di tenere distinto il piano dalla proposta (14), mi pare opportuno cercare di capire dove si collochi la cessione dei beni e cioè se debba essere oggetto della proposta o del piano. Tale quesito rimanda, subito, ad un'altra considerazione preliminare e cioè se ed in quali limiti sia ancora corretto parlare di concordato con cessione dei beni o di concordato liquidatorio, posto che le due espressioni come vedremo non sono affatto fungibili. Infatti, per concordato liquidatorio si intende, oggi, quella procedura che va a confrontarsi col concordato di risanamento (o con continuità aziendale o imprenditoriale, o conservativo), perché non dovrebbe prevedere nel piano la prosecuzione dell'attività d'impresa (cfr., art. 186 *bis* l.fall.). Ecco, allora, che subito la trattazione s'intriga e per sbrogliare la matassa è opportuno tracciare un ulteriore distinguo.

È ben possibile che vi sia un'attività di liquidazione dei beni nel contesto di un concordato di risanamento e ciò le quante volte esistano *asset* non strategici che l'imprenditore possa dismettere per recuperare risorse da impiegare sia per soddisfare creditori che per finanziare l'impresa. In questo caso avremo un concordato parzialmente liquidatorio, ma poiché si prevede che l'impresa resti nel governo dell'imprenditore, è evidente che la proposta di concordato non avrà ad oggetto la cessione dei beni, ma la cessione dei beni fungerà da strumento di acquisizione di risorse e, dunque, in tal caso, la di-

sciplina della liquidazione dovrebbe essere lasciata, *naturaliter*, all'autonomia del debitore e così "uscire di scena" dalla presente esposizione; non sarà, questo, un caso di applicazione dell'art. 182 l.fall. (15) All'opposto, la previsione di una parziale continuità dell'attività dell'impresa, ad esempio quella necessaria all'ultimazione di alcuni lavori, non esprime una forma di concordato di risanamento in quanto la prosecuzione dell'impresa è funzionale, soltanto, alla migliore gestione delle risorse per incrementare un cespite comunque oggetto di liquidazione.

Da queste osservazioni possiamo trarne una prima conclusione sommaria: il concordato liquidatorio è quello che conduce alla dissoluzione dell'imprenditore e contiene al suo interno anche la fattispecie del travaso dell'azienda a terzi. Più esattamente nel caso di trasferimento dell'azienda a terzi possono trovare applicazione le nuove regole dell'art. 186 *bis* l.fall. (ad esempio in tema di prosecuzione dei rapporti con la p.a.), ma questo non esclude, affatto, che possano trovare applicazione i principi di cui all'art. 182 l.fall.

La seconda conclusione attiene, come sopra anticipato, alla collocazione tipologica della fattispecie. La cessione dei beni può essere oggetto del piano di concordato quando il debitore si assume l'impegno di soddisfare i creditori con il ricavato della liquidazione, oppure può essere oggetto della proposta quando il debitore si assume l'impegno di trasferire

### Note:

(12) L. Mandrioli, *sub art. 160*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2011, 1761; S. Pacchi, *La valutazione del piano del concordato preventivo*, cit., 97; C. Cavallini - B. Armeli, *sub art. 182*, cit., 745; F. Filocamo, *sub art. 182*, cit., 2088.

(13) In questo contributo non si prenderà posizione sul tema dell'ammissibilità di una proposta con pagamento irrisorio o senza alcuna forma di pagamento e mi permetto di rinviare a M. Fabiani, *La formazione del piano e della proposta*, in M. Fabiani - A. Guiotto (a cura di), *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, Torino, 2012, 167; allo stesso contributo mi permetto di rinviare per ciò che attiene all'argomento che pertiene alla possibilità di una cessione parziale del patrimonio del debitore.

(14) Cfr. M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in questa *Rivista*, 2011, 172; distinzione ormai netta con il novellato art. 161, a seguito dell'art. 33, D.L. n. 83/2012.

(15) L'art. 182 l.fall. - per quanto qui interessa - stabilisce che «Se il concordato consiste nella cessione dei beni e non dispone diversamente, il tribunale nomina nel decreto di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità della liquidazione.

*Omissis*. Le vendite di aziende e rami di aziende, beni immobili e altri beni iscritti in pubblici registri, nonché le cessioni di attività e passività dell'azienda e di beni o rapporti giuridici individuali in blocco devono essere autorizzate dal comitato dei creditori. Si applicano gli articoli da 105 a 108-ter in quanto compatibili».

ai creditori la disponibilità dei suoi beni; disponibilità che si potrà intendere sia come trasferimento dei diritti dominicali sui beni, sia come trasferimento dei poteri gestori.

Sia chiaro che questa distinzione non è affatto confinata nella dogmatica, ma ridonda di interesse pratico. Se, infatti, la cessione dei beni è strumento del piano, per vedere se c'è inadempimento occorrerà guardare al pagamento, mentre se la cessione è dedotta nella proposta, di inadempimento si potrà discutere solamente quando il trasferimento non sia attuato.

Contrariamente a quanto spesso opinato, l'ipotesi che possa profilarsi un inadempimento è comune ad ambedue le ipotesi; la risoluzione del concordato può darsi nell'uno e nell'altro caso (16).

### 3. Frammenti di ipotesi di concordati liquidatori. La liquidazione gestita dal debitore

Secondo quanto prescritto dall'art. 182 l.fall., il tribunale, in caso di liquidazione dei beni dovrebbe, se non diversamente disposto (inciso su cui si avrà agio di tornare nel prosieguo), nominare un liquidatore giudiziale e ciò ha fatto sorgere, in verità già prima della riforma, il dubbio se a tale incarico possa assurgere il debitore (17). Proviamo, per il momento, a trascurare il fatto che il debitore sia munito delle qualità soggettive di cui all'art. 28 l.fall. (richiamate nell'art. 182 l.fall.) dandolo per ammesso anche quando, per ipotesi, il debitore sia persona fisica diversa da chi ha concorso a provocare il dissesto (18). Ove tale requisito formale ricorra si tende a riconoscere che, spesso al cospetto di una promessa riduzione dei costi, ciò sia possibile (19).

Così impostato, a me pare che il problema sia mal posto. Si tratta, infatti, di chiedersi preliminarmente se la liquidazione del patrimonio affidata al debitore possa annoverarsi fra i concordati con cessione dei beni, ovvero se non ci si trovi di fronte ad un concordato, certamente liquidatorio nel suo divenire, ma formalmente da ricondurre alla figura del concordato con garanzia.

Se ipotizzassimo che il debitore propone ai creditori di liquidare il patrimonio e con il ricavato delle alienazioni soddisfa i creditori, faremmo molta fatica a trovare la causa del contratto. Infatti, a ben vedere, manca un'obbligazione a carico del debitore il quale nulla aggiunge alla responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c. (20).

È ben vero che questa appare lecita come proposta ma poiché un'obbligazione è necessaria perché si

formi un accordo rispetto al quale vi sia un interesse dei creditori e perché non sia una mera liquidazione volontaria ma protetta dagli artt. 168 e 169 l.fall., occorre che il debitore un'obbligazione la assuma e questa obbligazione non sembra poter essere una cosa diversa dall'impegno di soddisfare i creditori in una determinata percentuale (eventualmente compresa in una forbice); il che trasfigura il concordato apparentemente con cessione dei beni in concordato garantito posto che il debitore assume un impegno di pagamento. È ben noto che in passato la figura del concordato con garanzia, garanzia rappresentata dallo stesso patrimonio del debitore, era reputata inaccettabile (21). Ora quello schema è proponibile ma la garanzia si deve, per forza, esprimere nella promessa di un pagamento (22).

Ciò comporta, dunque, che ci troveremo di fronte ad un concordato sicuramente liquidatorio ma da qualificare come concordato garantito, con la conseguenza che la cessione dei beni diventa un aspetto del piano e non più della proposta; con il decisivo risultato, a favore dei creditori, che il mancato pagamento, se non di scarsa importanza, può far germinare una richiesta di risoluzione.

### 3.1 Frammenti di ipotesi di concordati liquidatori. La liquidazione gestita da terzi

Di concordato con cessione dei beni (e non solo di concordato liquidatorio) si può discorrere, allora, solo quando si assiste ad una netta separazione dell'imprenditore dalla proprietà dei beni e/o dalla titolarità gestoria. Ciò vuol dire che perché si abbia cessione liquidatoria e, dunque, possibile applicazione dell'art. 182 l.fall. è indispensabile che al debito-

#### Note:

(16) V., G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2012, 254.

(17) Lo escludono, Cass., 15 luglio 2011, n. 15699, in questa *Rivista*, 2011, 1291 e Trib. Roma, 23 luglio 2010, *ivi*, 2011, 226.

(18) Esclude che il debitore possa essere nominato liquidatore in virtù del richiamo all'art. 28 l.fall. e alla clausola di incompatibilità per pregressa gestione, G. Di Cecco, *sub art. 182*, in A. Nigro-M. Sandulli - V. Santoro (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, III, Torino, 2010, 2238.

(19) Sulla diffusione di un tal pratica, v., C. Cavallini-B. Armeli, *sub art. 182, cit.*, 744; Trib. Lodi, 1° marzo 2010, in questa *Rivista*, 2010, 593.

(20) F. Filocamo, *sub art. 182, cit.*, 2085.

(21) Cass., 17 settembre 1993, n. 9580, in questa *Rivista*, 1994, 253.

(22) G.B. Nardecchia, *Cessione dei beni e liquidazione: la ricerca di un difficile equilibrio tra autonomia privata e controllo giurisdizionale*, in questa *Rivista*, 2012, 97.

re sia sottratta la proprietà dei beni o che, almeno, gli sia sottratta la relativa disponibilità (23).

Nel primo caso avremo a che fare con una cessione traslativa; nel secondo caso a che fare con l'affidamento di mandato a liquidare.

A latere di queste figure, certo possibili ma poco sperimentate, è assai più consueto che non si assista ad una traslazione del diritto di proprietà ma, solo, ad un trasferimento dei poteri gestori sul bene. Il debitore viene privato del potere di gestire il patrimonio che va a costituire una sorta di patrimonio separato, con vincolo di destinazione per i creditori; il vincolo sul patrimonio segregato si impone come effetto dell'omologazione (24). Quindi la proprietà resta in capo al debitore ma il debitore vincola il patrimonio a disposizione dei creditori e affida ad un terzo il compito di gestirlo.

Una volta che questa separazione viene stabilizzata con il decreto di omologazione, si può ritenere ammissibile i) tanto un affidamento ad un fiduciario (fattispecie oggi espressamente prevista dall'art. 7 della L. n. 3/2012 sul sovraindebitamento), ii) quanto la richiesta che venga nominato un liquidatore giudiziale. Nel primo caso a me pare che non debba trovare spazio l'art. 182 l.fall. e che le regole della liquidazione debbano essere disciplinate nella proposta. Riterrei, altresì, problematico che l'assunzione del ruolo di fiduciario possa riguardare il debitore medesimo che non può cumulare il ruolo del mandante con quello del mandatario. Al fondo le ipotesi sul campo vengono a coincidere, proprio, con il trittico di quelle di cui all'art. 7 e all'art. 8, L. n. 3/2012.

Può, dunque, accadere che il debitore, temendo che un fiduciario possa non incontrare il consenso dei creditori, sia indotto a preferire che la gestione liquidatoria sia disposta dal giudice. Ma, anche qui, possiamo ipotizzare almeno due varianti e cioè che sia il debitore ad indicare, quale oggetto complementare della proposta di concordato, che venga designato un certo soggetto munito dei requisiti di cui all'art. 28 l.fall. (25), oppure che la scelta sia rimessa alla discrezionalità del tribunale (26).

Se si attiva la nomina giudiziale è ragionevole che oltre alla designazione del liquidatore il proponente indichi anche i componenti del comitato dei creditori. Fermo restando che nulla impedisce al debitore di indicare i nominativi nella proposta, ci si interroga sul valore vincolante di tale indicazione una volta che essa rispetti i requisiti di cui agli artt. 28 e 40 l.fall. Per dimostrare che l'indicazione del debitore non può mai essere vincolante si adduce l'argomento secondo il quale poiché il tribunale ha

il potere di revoca, necessariamente deve anche disporre del potere di nomina. L'argomento è stato già speso per cercare di dimostrare che è compito del giudice delegato nominare i difensori della procedura fallimentare, posto che la norma (art. 25 l.fall.) prevede che il giudice possa revocare il professionista (27). Tuttavia questa perfetta simmetria fra potere di nomina e potere di revoca è tutt'altro che incontrastata. Basti pensare al caso paradigmatico della revoca dell'amministratore di società che può competere al giudice (v., art. 2409 e 2476 c.c.), giudice al quale però, non compete, il potere di nomina dell'amministratore sociale.

In secondo luogo a me pare che la dimostrazione di come un'indicazione vincolante per la nomina sia coerente col sistema, la si desume dall'art. 37 bis l.fall. Se, infatti, i creditori possono "sfiduciare" il curatore e i membri del comitato dei creditori e se si opina che l'indicazione del sostituto è vincolante le quante volte vi sia il rispetto dei requisiti di forma (28), allora ben si può pensare che il proponente che abbia visto approvata dai creditori la domanda, ben possa pretendere che il tribunale nomini un certo liquidatore. D'altra parte, l'interesse a che il liquidatore svolga l'incarico in modo adeguato è, prima di tutto, interesse dei creditori. E così se, indicato dal debitore un certo professionista, il tribunale ne nominasse un altro e questi risultasse inadempiente al proprio incarico, faremmo fatica ad imputare l'inadempimento del concordato al debitore.

In questa prospettiva v'è da considerare più che legittimo che possa il debitore indicare il nominativo del liquidatore e che al tribunale non sia consentito non adeguarsi salvo il caso della carenza di requisiti di forma (29). Ciò nondimeno, nel momento in

---

#### Note:

(23) C. Cavallini - B. Armeli, *sub art. 182, cit.*, 745.

(24) F. Filocamo, *sub art. 182, cit.*, 2089.

(25) Secondo C. Cavallini - B. Armeli, *sub art. 182, cit.*, 748, se il liquidatore è nominato dal debitore non si applicano gli artt. 28 e 29 l.fall., ma tale affermazione a me pare frutto di un equivoco, nel senso che dipende dal contenuto della proposta.

(26) Questa alternativa sembra ricavarsi da Cass., 15 luglio 2011, n. 15699, *cit.*

(27) T. Firenze, 22 marzo 2007, in questa *Rivista*, 2007, 673; soluzione convincentemente confutata da G. Bozza, *Il giudice delegato nella nuova procedura fallimentare*, in F. Di Marzio (a cura di), *La crisi d'impresa*, Padova, 2010, 115.

(28) L. Stanghellini, *Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in questa *Rivista*, 2006, 384.

(29) Cass., 15 luglio 2011, n. 15699, *cit.*; P. Pajardi - A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 890.

cui viene designato come liquidatore il soggetto scelto dal debitore, quel soggetto assume il ruolo di liquidatore giudiziale a tutto tondo, con tutti i conseguenti riflessi in ordine al rispetto delle regole richiamate nell'art. 182 l.fall.

#### 4. Rapporto fra autonomia negoziale, limiti legali e potere conformativo del Tribunale

Una volta verificato come la liquidazione possa essere programmata sul versante soggettivo, possiamo porre attenzione al contenuto dell'attività liquidatoria. Dal tenore dell'art. 182 l.fall. non è chiaro, infatti, quali regole debbano prevalere.

Secondo una lettura certo possibile al lume del testo dell'*incipit* dell'art. 182 l.fall. e comunque più che coerente con la maggior ampiezza della negozialità nel concordato, credo preferibile quell'ordine gerarchico nelle regole del procedere che veda posizionato al vertice più alto la proposta di concordato omologata, di poi le regole legali, e da ultimo il potere conformativo del tribunale con l'integrazione dell'art. 182 l.fall. con la previsione di altre modalità (es. art. 104 *ter* l.fall.) della liquidazione (30). Ciò, al fondo, significa che le regole legali hanno una vocazione suppletiva (31) e quindi il potere conformativo del giudice è inversamente proporzionale al dettaglio del piano concordatario (32).

Se, allora, si condivide la tesi per la quale la liquidazione deve avvenire avendo riguardo, in premienza, al programma di liquidazione contenuto nella proposta, ne consegue, per logica, che è possibile *predeterminare* le modalità di vendita nel piano approvato, modalità che poi vanno osservate nella fase della liquidazione.

È evidente che nella proposta il debitore potrebbe stabilire, pattizamente, l'osservanza delle regole della liquidazione fallimentare richiamata nell'art. 182 l.fall. e, in tal caso, non sorgerebbe alcun problema di compatibilità fra rispetto della proposta e rispetto della legge.

Ma è assai più probabile che il debitore prefiguri un percorso diverso, alternativo a quello legale, e quindi va posto il quesito se il percorso alternativo sia vincolante o se il liquidatore giudiziale debba, sempre e comunque, seguire le regole legali ed eventualmente quanto dettato in base al potere conformativo del tribunale.

#### 5. L'omologazione e il divieto di modifiche officiose

Se si vuole affidare al debitore la gestione del con-

cordato e se questa gestione è stata oggetto di approvazione da parte dei creditori, a me pare che da un lato il tribunale in sede di omologazione non possa diversamente orientarsi - visto che il giudice ha solo un'alternativa quella di rigettare l'omologazione laddove reputi inammissibile una proposta "programmata" - e che dall'altro lato il liquidatore giudiziale debba rispettare la proposta.

Da un esame, anche sommario, della ricca giurisprudenza formata già sull'argomento al cospetto di una numerosa letteratura, emerge quali sono i punti di contrasto sulle competenze del giudice, ma anche laddove si assume che esistano ancora poteri del tribunale (ad esempio in tema di valutazione della "fattibilità"), nessuno mette in dubbio che il tribunale non possa mai modificare la proposta concordataria ormai approvata dai creditori.

Qualunque impostazione dogmatica o ideologica si voglia assumere sulla natura del concordato (dalla teoria negoziale, a quella pubblicistica, a quella mista), un vincolo contrattuale si è formato; prima della riforma il tribunale poteva porre nell'oblio l'accordo e rifiutare l'omologazione per ragioni di non convenienza o di non meritevolezza. In sostanza poteva giudicare in modo autonomo l'alternativa

---

#### Note:

(30) Il programma di liquidazione è contenuto in una disposizione non richiamata nell'art. 182 l.fall. e per questo può ritenersi che l'invito alla redazione del programma possa essere contenuto nel decreto di omologazione, senza che ciò infirmi il principio dell'immodificabilità officiosa della proposta, v., C. Cavallini-B. Armeli, *sub art. 182, cit.*, 776; L. Pica, *Il concordato preventivo*, in P. Celentano-E. Forgillo (a cura di), *Fallimento e concordati*, Torino, 2008, 1168.

(31) G. Lo Cascio, *Il liquidatore giudiziale nel concordato preventivo: segnali di privatizzazione dell'istituto*, in questa *Rivista*, 2011, 534; C. Cavallini - B. Armeli, *sub art. 182, cit.*, 747; G. Raccugno, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale, cit.*, 533; M. Vitiello, *sub art. 182*, in G. Lo Cascio (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008, 1596. Sulla natura esclusivamente suppletiva dell'art. 182 (prima del c.d. decreto correttivo), P. Marano, *sub art. 182*, in A. Jorio - M. Fabiani (diretto da e coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, 2526. In senso contrario e cioè per la prevalenza delle norme fallimentari, v. G. Pizzoli, *La liquidazione nel concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Chia, Piccininni e Severini, IV, Torino, 2011, 551; G. Di Cecco, *sub art. 182, cit.*, 2234, assume che la natura imperativa di tutte le regole previste nell'art. 182 l.fall., si che la proposta di concordato dovrebbe rispettare, sempre, i vincoli fissati nella disposizione; G.B. Nardecchia, *Cessione dei beni e liquidazione, cit.*, 100. Per M. Ferro, *Il concordato preventivo, l'omologazione e le fasi successive*, in A. Jorio - M. Fabiani (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010, 1079, le diverse ipotesi interpretative sono praticabili ma quella della prevalenza della legge sul contratto parrebbe preferibile.

(32) S. Pacchi - L. D'Orazio - A. Coppola, *Il concordato preventivo, cit.*, 1917.

concordato/fallimento, ma già allora non poteva sovrapporre una proposta giudiziale alla proposta patrizia.

Ma era escluso, già nel regime previgente, che il tribunale nella sentenza di omologazione potesse modificare la proposta, tanto è vero che i provvedimenti esecutivi che potevano essere adottati al più andavano qualificati come meramente “integrativi” (33).

Le ragioni per le quali non era consentito al tribunale modificare la proposta erano sostanzialmente due: i) nel concordato esiste una base negoziale che esprime una sfera di autonomia privata che non può essere intaccata perché altrimenti si porrebbe ad una regolamentazione contrattuale non voluta dalle parti; ii) la proposta di concordato è contenuta in un ricorso che ha anche il valore di domanda giudiziale, sì che nel rispetto del principio dispositivo (art. 112 c.p.c.) il giudice non può accogliere una domanda che non è stata formulata (34).

Quelle considerazioni sviluppate nella cornice di un sistema nel quale la forza dell'accordo quale espressione di autonomia privata era decisamente inferiore al dato attuale, ci consentono di ribadire, rafforzandola, l'affermazione in base alla quale al tribunale non è mai consentito modificare la proposta concordataria, con l'effetto che il decreto di omologazione interviene su un “pacchetto” preconfezionato (35). Se su quella proposta è stato ottenuto il consenso dei creditori che l'hanno condivisa, il tribunale può sindacarla solo per negarne l'omologazione, sempre che ciò sia consentito in virtù dell'esercizio di poteri di controllo oggi abbastanza evanescenti (36).

In tale contesto, il tribunale, in sede di omologazione, se decide di omologare la domanda di concordato, omologa proprio anche quella proposta (ed in tutte le sue sfumature) che i creditori hanno reputato meritevole di approvazione (37).

Si tratta, quindi, di valutare, da ultimo, come la rigidità di contenuto del provvedimento di omologazione possa combinarsi con la previsione in tema di esecuzione di cui all'art. 182 l.fall.

Dunque il liquidatore è tenuto ad adempiere alla proposta ponendo in essere gli atti esecutivi previsti senza dover verificare la conformità della liquidazione programmata con i limiti imposti nell'art. 182 l.fall., e ciò in quanto il mandato che ha ricevuto è un mandato vincolante. È chiaro che il mandatario nell'adempiere l'incarico non può eccedere i limiti fissati nel mandato (art. 1711 c.c.) e, dunque, non può discostarsi dal contenuto della proposta. E così pure, in presenza di un percorso programmato non

v'è ragione che si pretenda il consenso autorizzativo del comitato dei creditori (38).

Tutto ciò, ovviamente, nella misura in cui non sia la legge, ma solo la legge, ad imporre che la liquidazione debba seguire regole diverse da quelle concordate e approvate.

### 6. Contratti preliminari e liquidazione

Quando questo contributo è stato concepito, il postulato di partenza avrebbe dovuto essere: nel concordato preventivo non esiste uno specifico regime sui contratti pendenti e quindi il contratto preliminare di compravendita che è un tipico esempio di vendita obbligatoria e pertanto ricade nella classica nozione di contratto pendente deve essere adempiuto da ambedue le parti, ma con la specifica avvertenza che non tutti i contratti preliminari sono opponibili posto che per effetto di un asintonico richiamo nell'art. 169 l.fall. della disposizione di cui

---

#### Note:

(33) V., da ultimo, Cass., Sez. Un., 16 luglio 2008, n. 19506, in *Foro it.*, 2008, I, 3149.

(34) Cfr., Cass., 19 gennaio 1984, n. 455, in *Rep. Foro it.*, voce *Fallimento*, n. 476; Cass., 23 aprile 1980, n. 2655, in questa *Rivista*, 1980, 877; in dottrina, R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1970, 1718 ss.; P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986, 610, A. Bonsignori, *Del concordato*, in *Commentario Scialoja-Branca alla legge fallimentare*, Bologna, 1977, 335.

(35) N. Nisivoccia, *Impugnazione dei decreti resi nel giudizio di omologazione: autonomia privata e poteri del giudice*, in questa *Rivista*, 2011, 1294; D. Finardi, *Le modalità di liquidazione nel concordato preventivo tra vincolo negoziale e poteri giudiziali*, in questa *Rivista*, 2011, 951; A. Nigro - D. Vattermolli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 371; A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Bologna, 2009, 1031. Prima della riforma, nello stesso senso, G. Nicotina, *Omologazione*, in *Digesto civ.*, XIII, Torino, 1995, 58; L. Stanghellini, *Il declino del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 274; G. de Ferra, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1998, 290; S. Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, 382; A. Bonsignori, *Del concordato*, cit., 335; Cass., 8 luglio 1985, n. 4068, in questa *Rivista*, 1986, 34. App. Torino, 26 maggio 1999, in *Foro pad.*, 1999, I, 383; Trib. S. Maria Capua Vetere, 13 marzo 1983, in *Giur. merito*, 1985, 382; Trib. Bologna, 31 maggio 1974, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Fallimento*, n. 608; App. Milano, 2 dicembre 1960, in *Rep. Foro it.*, 1961, voce *cit.*, n. 522; Trib. Ivrea, 20 gennaio 1943, in *Foro it.*, 1943, I, 696.

(36) Qui si potrebbe aprire il tema dei limiti di sindacato del giudice (v. I. Pagni, *Il controllo del Tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2008, 1091), ma è un tema del tutto neutrale rispetto alla questione posta nella fattispecie, perché ciò che si deve principalmente negare è il fatto che il giudice possa modificare l'impostazione della domanda.

(37) Cass., 20 gennaio 2011, n. 1345, in questa *Rivista*, 2011, 533.

(38) S. Pacchi - L. D'Orazio - A. Coppola, *Il concordato preventivo*, cit., 1918.

all'art. 45 l.fall. che ha un significato solo nelle procedure con spossessamento pieno del debitore, occorre che siano muniti delle formalità necessarie. Il che, ad esempio, per quanto concerne il contratto preliminare relativo a bene immobile si traduce nella necessità della trascrizione del contratto preliminare o della domanda giudiziale di cui all'art. 2932 c.c. (39).

Ora, però, il problema va valutato al lume del nuovo art. 169 bis l.fall. (introdotto dall'art. 33 del D.L. n. 83/2012) che consente al debitore concordatario di sciogliersi dal contratto pendente, purché non si tratti di un contratto preliminare trascritto relativo a beni immobili destinati ad uso abitativo principale. Ecco, allora, che anche per i contratti preliminari (eccettuati quelli di cui all'art. 72, ottavo comma l.fall.) il liquidatore dovrà attenersi alle indicazioni che il debitore stabilisca nel piano potendo lì offrire una disciplina del rapporto pendente, tale da orientare, poi, il liquidatore giudiziale. Tutt'affatto diverso è il discorso per ciò che concerne i contratti preliminari stipulati in funzione della regolazione della crisi.

Proprio per cercare di incentivare i creditori ad approvare il concordato sul presupposto di una maggiore certezza dell'esito della liquidazione, è consueto che l'imprenditore programmi l'esecuzione del concordato con la stipulazione di contratti preliminari. La vantaggiosità di questi contratti viene esaltata dall'inserzione di clausole di condizionamento dell'efficacia del contratto all'omologazione del concordato (40).

Si pone, dunque, il quesito se il liquidatore giudiziale debba adempiere al contratto quando la condizione si verifica (cioè l'omologazione) oppure se quel contratto non debba, in ogni caso, essere posto in competizione con altri possibili offerenti. Questa seconda soluzione è ovviamente compatibile quando anziché un contratto preliminare, il terzo presenta un'offerta irrevocabile di acquisto (sempre condizionata all'omologazione), posto che in tal caso l'impegno grava solo sul terzo e il liquidatore può porre in essere le attività idonee a stimolare il mercato per verificare se l'offerta sia, davvero, vantaggiosa.

Orbene, non è revocabile in dubbio che la costruzione di un percorso programmato nel quale il debitore disegni lo sviluppo dell'esecuzione mediante, ad esempio, proprio la stipulazione di negozi vincolanti bilateralmente, possa presentare risvolti ambigui.

I creditori possono acquisire un vantaggio in termini di maggior certezza dell'esito della liquidazione e

quindi possono essere indotti all'approvazione della proposta. Ma per converso il pacchetto preconfezionato può anche rappresentare un pregiudizio nella misura in cui gli impegni vincolanti possono impedire che si apra una competizione sul patrimonio o sui singoli cespiti.

È sin troppo ovvio che un percorso virtuoso dovrebbe essere quello che contempra nella proposta impegni vincolanti ma solo unilaterali e cioè solo quelli del terzo, in modo che il liquidatore della procedura possa verificare se non sia il caso di aprire una competizione. E tuttavia è evidente che in questo modo si rischia di comprimere l'interesse del terzo che può essere indotto a presentare un'offerta proprio per evitare una competizione.

Ed allora, fermo restando che è largamente preferibile una proposta che disegni compiutamente lo sviluppo della liquidazione (per garantire certezze ai creditori) ma contenga anche clausole di "uscita" o di "salvaguardia" a favore dei creditori quando il mercato sia in grado di offrire soluzioni migliori, non è la fase dell'esecuzione quella in cui di ciò si possa discutere.

La previsione di una liquidazione programmata in quanto consentita dall'art. 182 l.fall. deve concretarsi in oggetto di valutazione da parte dei creditori, posto che al fondo la questione altro non è che una questione di convenienza del concordato. Se i creditori approvano la proposta con contenuto programmato non può il tribunale disattendere quella proposta, imponendo altre modalità della liquidazione, salvo che non sia la legge a stabilirlo.

## 6.1. Potere conformativo del tribunale

Prima della riforma, le modalità di esecuzione del concordato preventivo erano rimesse al tribunale che nel redigere la sentenza doveva determinarle (unitamente alla nomina degli organi della liquidazione).

Mentre prima della riforma il tribunale poteva stabilire le modalità più opportune rispetto alla singola fattispecie, oggi per le vendite più rilevanti non solo è richiesto il parere del comitato dei creditori, ma debbono essere osservate le formalità previste per la liquidazione concorsuale, prima fra tutte l'adozione di *procedure competitive*. L'innesto nell'art.

---

### Note:

(39) Ci si permette di rinviare a M. Fabiani, *La sorte del contratto preliminare di compravendita nel concordato preventivo alla luce della riforma*, in questa *Rivista*, 2011, 765.

(40) S. Pacchi - L. D'Orazio - A. Coppola, *Il concordato preventivo*, cit., 1917.



182 l.fall. del richiamo alle norme in materia di liquidazione dell'attivo nel fallimento ha indotto taluno ad affermare che il legislatore avrebbe "fallimentarizzato" il concordato preventivo (41).

In verità, come già precisato, le norme (art. 160 e 161 vs. 182) sono fra loro compatibili soltanto quando nella proposta di concordato con *cessio bonorum*, il proponente ometta di predeterminare le modalità della liquidazione.

Una volta che si condivida l'affermazione per la quale in sede di omologazione nulla della proposta può essere modificato, sarebbe contraddittorio ammettere che la modifica possa attuarsi in sede di esecuzione, per effetto di decreti integrativi del tribunale o per effetto diretto dell'applicazione della legge.

Per restituire coerenza al sistema deve, quindi, ritenersi che, come sopra accennato, l'art. 182 l.fall. trovi applicazione per tutti i concordati con cessione dei beni nei quali il proponente non ha chiesto un pronunciamento dei creditori sul modo in cui attuare la liquidazione. Ciò è quanto il diritto positivo prevede nel momento in cui il presente scritto è stato licenziato.

Orbene, è evidente questa soluzione è preferibile per una serie di considerazioni: *i*) una interpretazione sistematica che valorizza l'ideologia della riforma, non può che esaltare la "forza" del contratto e dunque l'importanza di disciplinare la crisi secondo le regole negoziali; *ii*) una interpretazione fondata sulla prevalenza dell'art. 182 provocherebbe un trattamento asimmetrico fra le diverse tipologie di proposte perché l'unica ad essere sottoposta a vincoli sarebbe quella per cessione dei beni, quando invece l'art. 160 l.fall. non fa alcuna differenza; *iii*) l'art. 182 impone il rispetto di alcune regole solo per le cessioni post-omologazione; poiché è pacifico che atti dispositivi possono essere compiuti durante il procedimento di concordato (art. 167 l.fall.) (42) per i quali nessun vincolo è stabilito se non l'autorizzazione del giudice delegato (autorizzazione che peraltro la più avveduta dottrina opina essere atto dovuto se l'atto autorizzando è conforme al piano concordatario) (43), sarebbe illogico pretendere sempre certi vincoli nella fase dell'esecuzione; *iv*) l'adozione delle procedure competitive assolve ad un ben preciso significato in assenza di accordi pre-concordatari; si vuole, cioè, che il liquidatore giudiziale prima di procedere alla vendita sondi il mercato per verificare quale può essere il migliore risultato conseguibile.

Pertanto, l'art. 182 sia nella parte in cui si prevede la nomina di un liquidatore giudiziale, sia nell'ulti-

ma parte, funge da mera regolazione sussidiaria, da invocare solo ed esclusivamente in assenza di diversa disciplina organizzativa della liquidazione indicata nel piano (44).

Rispetto a questa lettura non possiamo ritenere un precedente contrario il recente arresto con cui la Suprema Corte ha affermato che nella fase di esecuzione del concordato trovano spazio le regole dell'esecuzione forzata (45). Anche trascurando la circostanza che tale interpretazione contrasta con larga parte della giurisprudenza di legittimità precedente (46) e con la maggioranza della dottrina (47), è necessario precisare che ai fini che qui rilevano, non interessa tanto se nell'esecuzione del concordato preventivo debbano valere, in forza del richiamo agli artt. 105 ss. l.fall. tutte le regole dell'espropriazione forzata, quanto invece che quel richiamo non opera quando il tribunale ha omologato una proposta nella quale la fase dell'esecuzione era già organizzata.

#### Note:

(41) S. Ambrosini - P.G. Demarchi - M. Vitiello, *Il concordato preventivo*, cit., 256.

(42) Sulla vendita dell'azienda durante il procedimento e prima dell'omologazione, v. M.M. Gaeta, *Effetti del concordato*, in G. Fauceglia - L. Panzani (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, III, Torino, 2009, 1651.

(43) F. Fimmanò, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, in questa *Rivista*, 2008, 832; in posizione appena più sfumata, F. Filocamo, *sub art. 167*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2011, 1909; P.F. Censoni, *sub art. 167*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, 2410.

(44) G.P. Macagno, *Natura giuridica della liquidazione nel concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2010, 23; D. Bruno, *I provvedimenti in caso di cessione dei beni nel concordato preventivo*, in G. Fauceglia - L. Panzani (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, III, Torino, 2009, 1777; L. Mandrioli, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, in S. Bonfatti - L. Panzani (a cura di), *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, 728; F. Filocamo, *sub art. 182*, cit., 361; S. Pacchi - L. D'Orazio - L. Coppola, *Il concordato preventivo*, cit., 1890; S. Ambrosini - P.G. Demarchi - M. Vitiello, *Il concordato preventivo*, cit., 257; P. Pajardi - A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 888; L. Pica, *Il concordato preventivo*, cit., 1167; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 329.

(45) Cass., Sez. Un., 16 luglio 2008, n. 19506, in *Foro it.*, 2008, I, 3149.

(46) V., *ex multis*, Cass., 15 novembre 2000, n. 14797, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Concordato preventivo*, n. 54; Cass., 11 agosto 2000, n. 10693, in questa *Rivista*, 2001, 906.

(47) G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 809; L. Mandrioli, *Il concordato preventivo*, cit., 728; V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 441; F. Filocamo, *sub art. 182*, cit., 360; A. Jorio - M. Fabiani, *Il nuovo diritto fallimentare* (aggiornamento al d.l.leg. 169/07), Bologna, 2007, 56.

## 7. Liquidazione programmate e abuso di soluzioni preconfezionate

Occorre essere consapevoli anche dei rischi che si corrono quando ai creditori venga proposto un pacchetto preconfezionato che non possa essere da loro giudicato in quanto privi delle necessarie informazioni sull'impresa concordataria e in particolare sui suoi "valori".

In questo limitato contesto e con tutte le cautele del caso, a me pare che esista un pertugio per introdurre nel sistema alcune delle speculazioni, ora così tanto di moda, sul tema dell'abuso del diritto.

La crisi dell'impresa è un fenomeno nel quale si agitano interessi plurimi e dunque è complesso riuscire a governarli tutti in modo coerente ed equilibrato (48). Tanto più si spinge l'acceleratore nella direzione della negozialità, quanto più occorre essere vigili in modo che questa non faccia premio sulla tutela dei diritti. È in questo, limitato, contesto che mi pare possa trovare uno spazio la teoria dell'abuso (49).

L'imprenditore che si trova già in stato di dissesto e che compie atti volti a depauperare la garanzia patrimoniale nei confronti dei creditori occultandoli ai creditori per ottenere un consenso fondato su di una alterata percezione dei fatti, può sì conquistare l'accesso al concordato ma quando questi fatti vengono disvelati, la trappola del procedimento di cui all'art. 173 della l.fall. si dovrebbe aprire inesorabilmente.

Potrebbe, però, accadere che questa attività depauperatoria venga anche esposta nella domanda di concordato ed allora si tratta di capire se, comunque, vi sia spazio per intravedere la frode. Qui entra in gioco la teoria dell'abuso; infatti, se è corretto ritenere che di frode si debba parlare in senso proprio quando si commettono atti volti ad ingannare i creditori (50), per reprimere quelle condotte pregiudizievoli poste in essere prima dell'ammissione e che tuttavia il debitore abbia esposto in modo chiaro, venuto meno il requisito della meritevolezza (51), ci si può rifugiare al riparo della teoria dell'abuso soltanto se se ne precisano i confini. Con ciò intendo assumere che di condotta abusiva di potrà discutere tutte le volte in cui si dimostri (e la prova non sarà, certo, agevole) che l'imprenditore ha compiuto determinati atti non solo per avvantaggiare sé o altri, ma già con la consapevolezza di alterare scientemente le condizioni dell'impresa in modo da rappresentare ai creditori il concordato come soluzione obbligata per regolare la crisi.

Non è, dunque, l'esistenza di atti revocabili in caso

di fallimento che prova l'abuso (52), non fosse altro perché la revocatoria fallimentare non è sorretta dal dolo (53), ma dalla mera consapevolezza nel

### Note:

(48) R. Battaglia, *Postergazione ex lege del credito e formazione delle classi nel concordato preventivo: alla ricerca di un locus standi*, in *Dir. fall.*, 2010, II, 40; E. Bertacchini, *I creditori sono gli unici giudici della fattibilità della proposta ... con il limite dell'abuso dello strumento concordatario in violazione dei principi di buona fede*, *ivi*, 2011, II, 640 parla di un "quadro di controlli" per temperare l'autonomia negoziale.

(49) Forti perplessità sull'inserzione della teoria dell'abuso sono espresse da P.F. Censoni, *Sull'ammissibilità di un concordato preventivo non conveniente*, in questa *Rivista*, 2010, 993; M. Costanza, *Perché ricorrere alle clausole generali quando è sufficiente l'applicazione della norma positiva?*, in questa *Rivista*, 2009, 465.

(50) Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Foro it.*, 2011, I, 2308.

(51) Cass., 23 giugno 2011 n. 13817, *cit.*; E. Bertacchini, *I creditori sono gli unici giudici della fattibilità della proposta*, *cit.*, 625.

(52) Or non è dubbio che gli atti compiuti nel periodo sospetto anteriore al decreto di ammissione possano essere revocati in caso di fallimento consecutivo e che pertanto il commissario debba diligentemente esporli nella relazione ex art. 172 della l.fall., ma la revocabilità degli atti è elemento che può supportare un giudizio di non convenienza (P. Liccardo, *sub art. 173*, in A. Nigro - M. Sandulli - V. Santoro (a cura di), *La legge fallimentare dopo le riforme*, III, Torino, 2010, 2170), giudizio che spetta, pacificamente ai creditori (P. Liccardo, *sub art. 173*, *cit.*, 2170; V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, *cit.*, 122) e che non è oggetto né del provvedimento di ammissione (A. Jorio, *Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva*, in A. Jorio, M. Fabiani (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010, 973; S. Bonfatti - P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, *cit.*, 594; P.F. Censoni, *Sull'ammissibilità di un concordato preventivo non conveniente*, *cit.*, 988), né del provvedimento di revoca ai sensi dell'art. 173 della l.fall. (M. Gaboardi, *sub art. 173*, in C. Cavallini (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, III, Milano, 2010, 655). Ciò che il commissario può denunciare nel fare ricorso al procedimento ex art. 173 della l.fall. è la circostanza che siano stati posti in essere comportamenti non esposti e tali da inquinare, se portati a conoscenza, la genuinità del voto che è il vero valore che deve essere tutelato. In ciò si concreta la frode (S. Ambrosini - P.G. Demarchi - M. Vitiello, *Il concordato preventivo*, *cit.*, 117; L. Pica, *Il concordato preventivo*, *cit.*, 1134; G. Schiano di Pepe, *È possibile rifondare l'art. 173 legge fallimentare?*, in *Dir. fall.*, 2008, II, 451); frode non c'è rispetto ad atti compiuti prima del fallimento che siano stati rappresentati e che potrebbero però, in caso di fallimento, essere esposti al rischio revocatorio (Trib. Cagliari, 12 marzo 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, 304; Trib. Piacenza, 4 dicembre 2008, in questa *Rivista*, 2009, 1464; Trib. Mondovì, 17 dicembre 2008, in *www.ilcaso.it*, 1608/2009; G. Schiano di Pepe, *Alcune considerazioni sui poteri dell'autorità giudiziaria con riguardo al concordato preventivo*, in *Dir.fall.*, 2010, II, 324; P.F. Censoni, *Il concordato preventivo: organi, effetti, procedimento*, in A. Jorio - M. Fabiani (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010, 1010; S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, *cit.*, 81; G. Racugno, *Il concordato preventivo. Profili di diritto sostanziale*, *cit.*, 477; F. Filocamo, *L'art. 173, primo comma l.fall. nel «sistema» del nuovo concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2009, 1467; G. Ivone, *Sugli atti di frode nel concordato preventivo*, *cit.*, 146).

(53) Va ricordato, ad ogni buon conto, che l'atteggiamento psicologico del debitore è irrilevante.

terzo della lesività dell'atto; ciò che rileva è la diversa condotta che si traduce in una lucida pianificazione del dissesto, tutta orientata a preconstituire determinate situazioni volte a convincere i creditori della preferibilità della soluzione concordataria (54). Ecco, allora, che l'abuso non attiene alla proposta, ma se mai, proprio, alla stessa soluzione concordataria (55).

Se a questa conclusione si può pervenire ove si vogliono evitare i rischi di una deriva "privatistica", occorre però offrire anche un contenitore nel quale raccogliere gli strumenti di repressione dell'abuso e, considerando la vastità dell'argomento, si può qui soltanto menzionare la circostanza per cui attenendo, al fondo, la questione alla prestazione genuina del consenso, potrebbe non essere eterodosso riconoscere al giudice il potere di negare l'omologazione per difetto di consenso (56). Né a questa conclusione si potrebbe obiettare che così facendo si viola l'autonomia contrattuale espressa dalla volontà dei creditori di aderire alla proposta (57), perché qui si contesta, proprio, che una adesione vi sia stata (58).

Quindi, al cospetto di soluzioni preconfezionate nelle quali possa risultare prevalente la loro organizzazione non già in funzione di maggiormente tutelare i creditori, ma in vista di assicurare una sorta di copertura dell'attività precedente dell'imprenditore, la soluzione corretta è quella, se le informazioni sono state rese ostensibili, di chiedere ai creditori di esprimere la loro volontà con la votazione, mentre se questa ostensione non v'è stata e sia risultato che la proposta è il frutto concertato di un'attività diretta a far apparire una certa soluzione l'unica possibile, si ripristina il controllo del giudice o nel procedimento di cui all'art. 173 l.fall. o nel giudizio di omologazione.

### 8. Liquidazione e natura della vendita

Come si è cercato di dimostrare la liquidazione dei beni nel concordato è un fenomeno poliedrico, nel quale si mescolano tante possibili soluzioni alternative. Tratto comune a tutte, però, è il fatto che vi sia un'attività di liquidazione del patrimonio ed allora è importante stabilire quale sia il regime di questi atti. Il regime degli atti di liquidazione va valutato nella cornice di quale sia la natura delle vendite concordatarie e cioè se si tratti di vendite privatistiche o di vendite forzate.

La risposta che a prima impressione si potrebbe dare è nel senso che le vendite programmate secondo schemi negoziali sono vendite privatistiche e quelle

lasciate al modello officioso dell'art. 182 l.fall. sono vendite forzate (59).

Non sembra, però, che questa soluzione sia davvero condivisibile. Ma per dimostrarlo è necessario procedere ad alcune precisazioni.

Nelle speculazioni sull'espropriazione forzata coesistono due concezioni classiche in tema di vendita forzata, distribuite fra i fautori della tesi contrattualistica (60) e i fautori della tesi pubblicistica (o meglio dire panprocessualistica, visto che colloca l'offerta di acquisto da parte del terzo come una forma di domanda giudiziale) (61), poi sintetizzata in quanti hanno preferito non giungere a soluzioni sistematiche rigorose, preferendo considerare sia le

---

#### Note:

(54) G. Ivone, *Sugli atti di frode nel concordato preventivo*, cit., 146.

(55) S. Pacchi - L. D'Orazio - A. Coppola, *Il concordato preventivo*, cit., 1835. È sin troppo ovvio che la prova di un siffatto comportamento appare assai complicata, come si ricava anche da App. Milano 20 gennaio 2012, Soc. sanità Varesina, ined., là dove si è predicata l'astratta configurabilità dell'abuso dello strumento concordatario per poi negarne in concreto l'esistenza; si veda, anche Trib. Napoli, 22 ottobre 2008, in questa *Rivista*, 2009, 458.

(56) Il controllo officioso è affermato, già dalla fase di ammissione, da Trib. Perugia, 17 novembre 2011, in *www.ilcaso.it*. In quel caso, però, si è affermata l'abusività della proposta sol perché presentata per "salvare" un ex socio accomandatario, ipotesi che credo nulla abbia a che vedere con la frode, posto che è la legge che distingue il fallimento dal concordato preventivo quanto a coinvolgimento dei soci illimitatamente responsabili, si veda, G.B. Nardecchia, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, 2011, 54.

(57) E. Bertacchini, *I creditori sono gli unici giudici della fattibilità della proposta*, cit., 630.

(58) Una volta che si è imboccata la strada dell'abuso, occorre, però, dividerne tutte le conseguenze e come può essere abusivo il comportamento del debitore che propone un concordato dopo avere scientemente operato in danno dei creditori o come può essere abusivo il voto favorevole del creditore, non si può affatto escludere che la condotta abusiva stia nel voto di chi esprime il dissenso per motivi strumentali e che non attengono all'interesse comune dei creditori, v., G.B. Nardecchia, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, cit., 112.

(59) Su questa ipotesi cfr., C. Cavallini - B. Armeli, *sub art. 182*, cit., 780.

(60) F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, II, Padova, 1931, 225 (cui si deve la teoria dell'organo giurisdizionale quale rappresentante del debitore); G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 265 (il quale, invece, assumeva che lo Stato sottraesse al debitore non il bene, il potere di disporne); tesi queste che più di recente si trovano ribadite da A. Nasi, *Processo e esecuzione nel fallimento*, Padova, 1973, 99.

(61) L. Mortara, *Manuale della procedura civile*, II, Torino, 1929, 364; M.T. Zanzucchi - C. Vocino, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1964, 82. La tesi pubblicistica che pur ha trovato taluni contemperamenti (cfr. le note che seguono), è ripresa, oggi, da L.P. Comoglio - C. Ferri - M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, II, Bologna, 2011, 346.

peculiarità del negozio di diritto privato, sia i dominanti aspetti del procedimento officioso di impronta pubblicistica (62).

Ciò posto, spostando l'attenzione sulle vendite forzate in sede concorsuale, occorre prendere atto dell'interpretazione previgente alla riforma e dei possibili riflessi prodotti dalle nuove disposizioni sulla liquidazione dell'attivo, ma già è possibile anticipare che con riferimento alla liquidazione concorsuale la modificata disciplina non incide sulla natura della attività di liquidazione. Occorre pertanto confrontarsi con la teoria formatasi sulla natura della vendita forzata.

È noto, infatti, che la forma della vendita (con incanto, senza incanto o a trattativa privata) - secondo la lettura nettamente prevalente - non incideva sulla struttura della vendita che era sempre reputata una vendita forzata anche se non sempre formalmente imputabile al giudice (63); l'assenza di un provvedimento di un giudice (che comunque partecipava al procedimento nel momento in cui autorizzava il compimento dell'atto) o di altra pubblica autorità e la presenza di un negozio con le forme del diritto privato, non è, infatti, motivo per escludere la natura forzata della alienazione (64).

La necessità di procedere alla qualificazione della vendita in sede espropriativa è tutt'altro che mero esercizio dogmatico, in quanto dalla riconduzione della vendita coattiva fallimentare alla vendita pubblicistica o a quella privatistica, conseguono decisivi effetti sul regime della vendita. È ben vero che le costruzioni teoriche sulla vendita si erano rese necessarie nell'ambiente normativo del Codice del 1865 per una carenza di disciplina di diritto positivo, poi superata dal codice civile del 1942 (con l'introduzione dell'art. 2919 c.c.) (65), ma ancor oggi della qualificazione non si può fare a meno, posto che se la natura giuridica della vendita forzata è quella della vendita pubblicistica (66), non per caso, molte delle regole previste per il contratto di compravendita restano estranee; basti pensare alla garanzia per vizi della cosa (67) che l'art. 2922 c.c. esclude sia attivabile nella vendita forzata (68) o ad altre regole delle vendite volontarie (69) (il regime della impugnazione per lesione, il regime di evizione, gli effetti di stabilità della vendita ex art. 2929 c.c.) (70), anche se non va trascurato che talora

no, 2011, 155, coglie l'essenza della vendita forzata come procedimento (compreso l'atto di trasferimento), idoneo a produrre effetti sostanziali, rispetto ai quali è in parte applicabile la disciplina del contratto. In termini simili, M. Bove, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino, 1996, 130; S. Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. Rescigno*, XX, Torino, 1985, 225; G.A. Micheli, *Dell'esecuzione forzata*, in *Comm. al cod.civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1964, 111.

(63) Proprio in materia fallimentare, con riferimento alla pregressa esperienza in tema di vendita di beni mobili si affermava che la vendita fallimentare disciplinata dall'art. 106 l.fall., ancorché utilizzasse forme simili a quelle tipiche dell'autonomia privata era pur sempre vendita giudiziale forzata, v. Cass., 23 settembre 2003, n. 14103, in *Giust. civ.*, 2004, I, 78; Cass., 22 marzo 1999, n. 2649, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Fallimento*, n. 755; Cass., 20 settembre 1993, n. 9624, in questa *Rivista*, 1994, 269, Per le vendite immobiliari, U. Apice, *Effetti del decreto di trasferimento e vizi del procedimento di vendita immobiliare nella procedura fallimentare*, in questa *Rivista*, 1989, 1185.

(64) M. Perrino, *Programma di liquidazione e tecniche di liquidazione in blocco*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 1099.

(65) A. Cerino Canova, *Vendita forzata ed effetto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 151.

(66) La vendita forzata è una vendita pubblicistica in quanto connotata da un dato fondamentale costituito dal fatto che il trasferimento della proprietà non avviene per effetto dell'incontro di due volontà, ma per effetto di un atto di volontà (quello del compratore) e di una disposizione coattiva; così G. Bongiorno, *Espropriazione immobiliare*, in *Digesto civ.*, VIII, Torino, 1992, 43.

(67) In verità, vi è chi adombra che siffatta esclusione derivi non tanto dalla natura della vendita, quanto piuttosto dal bisogno di garantire certezza ai creditori, pur al costo di un minore guadagno dato da un prezzo ribassato per la ragione della impossibilità di attivare la garanzia; così, V. Tavormina, *Alcune riflessioni sulle vendite forzate nelle procedure concorsuali 'amministrative'*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 622.

(68) Cass., 25 febbraio 2005, n. 4085, in questa *Rivista*, 2005, 1384; Cass., 9 ottobre 1998, n. 10015, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 31; Cass., 21 dicembre 1994, n. 11018, in *Giust. civ.*, 1995, I, 917; F. Fimmanò, *La liquidazione dell'attivo nel correttivo alla riforma*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 866. Per l'applicazione dell'art. 2922 c.c., al concordato con assunzione, V. Di Cataldo, *Il concordato fallimentare con assunzione*, Milano, 1976, 274.

(69) Ad esempio, secondo Cass., 18 giugno 1997, n. 5466, in questa *Rivista*, 1998, 267, la vendita mobiliare fatta ad offerte private, ai sensi dell'art. 106 l.fall., costituisce modalità tipica del procedimento di liquidazione coattiva dell'attivo fallimentare e, pur lasciando ampi margini di discrezione al giudice delegato nel dettarne in concreto i profili attuativi, non può equipararsi alla vendita volontaria; ne consegue che l'effetto reale di trasferimento del bene non è riconducibile al consenso del curatore (che non assume il ruolo di parte) come momento perfezionativo del contratto, ma, in ragione della natura di vendita giudiziale (espropriazione forzata), l'effetto traslativo, analogamente alla vendita all'incanto (art. 540 c.p.c.), si verifica esclusivamente con l'integrale pagamento del prezzo.

(70) Per un quadro riassuntivo delle diversità di regime fra vendita coattiva e vendita negoziale, con specifico riferimento agli atti di liquidazione concorsuale, v. A. Castagnola, *La natura delle vendite fallimentari dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 373; F. Fimmanò, *La liquidazione dell'attivo nel correttivo alla riforma*, cit., 867. M. Montanari, *I procedimenti di liquidazione e ripartizione dell'attivo fallimentare*, Padova, 1995, 92, rileva, peraltro, che il regime di esportabilità degli effetti sostanziali dell'espropriazione non è per tutte le norme così piano come si potrebbe immaginare, senza una preventiva verifica caso per caso. Sulla applicabilità dell'art. 2929 c.c. alle vendite fallimentari, v. Cass., 16 febbraio 1999, n. 1302, in questa *Rivista*, 2000, 296; Cass., 16 maggio 1997, n. 4350, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Fallimento*, n. 668.

**Note:**

(62) A. Tedoldi, *Vendita e assegnazione forzata*, in *Digesto civ.*, XIX, 1999, 654; E. Jaccheri, *Sospensione della vendita forzata ed effetto traslativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 796; A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 741. Senza catalogarla fra le posizioni intermedie, F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Mila-

nell'ambito del procedimento espropriativo si vanno anche a recuperare principi della negozialità privatistica (71).

D'altro canto, se è ben vero che la natura forzata della vendita esclude l'invocabilità delle disposizioni del codice civile sulla garanzia per vizi (ciò che, a ben vedere, dimostrerebbe il distacco dalla vendita forzata dalla vendita privatistica), non si può sottrarre che altri rimedi propri della vendita negoziale vengono pur sempre traslati alla vendita forzata. Basti pensare, in particolare, all'ipotesi della vendita *aliud pro alio*, rispetto alla quale il rimedio annullatorio viene riconosciuto (72); poiché la ragione dell'annullamento viene fatta dipendere dal fatto che l'alterità del bene può essere stata la causa determinante del consenso espresso in sede di vendita, si apprezza come l'elemento volontaristico nella vendita forzata sia tutt'altro che secondario (73).

### 8.1. Vendita forzata e riforma della liquidazione fallimentare

Prima di procedere al confronto fra liquidazione concordataria e liquidazione concorsuale, è opportuno chiedersi se la deriva privatistica della liquidazione nel concordato non possa alimentarsi per effetto dell'acquisita natura privatistica delle vendite coattive disposte nel fallimento (74).

L'interrogativo muove, ancora una volta, dalle modifiche che la legge fallimentare ha subito a partire dal D.Lgs. n. 5/2006. Il solo fatto che ora le vendite fallimentari possano avvenire secondo lo schema delle cc.dd. "procedure competitive" e non più necessariamente - quanto meno per i cespiti immobiliari - secondo lo schema del codice di procedura civile ha indotto una parte della dottrina a valorizzare questo dato, formale, per assumere che ora tutte le vendite disposte nella liquidazione concorsuale sono vendite privatistiche (75).

Per escludere che la vendita fallimentare dopo le riforme del 2006-2007 possa qualificarsi come vendita privatistica è necessario confrontarsi con gli argomenti invocati da questa recente dottrina.

Il primo argomento si sostanzia[va] nel mancato richiamo nell'art. 105 l.fall. alle disposizioni del codice di procedura civile; era un argomento eminentemente formale e che trascurava l'importanza di valutare invece gli effetti della vendita e le esigenze sottese a quelle vendite (76), che mi pare ormai decisamente superato dall'attuale diritto positivo. L'art. 104 *ter* l.fall., stabilisce che il curatore può decidere che la liquidazione dei beni possa realizzarsi secondo le norme del codice di procedura civile,

sì che l'argomento formale resta sicuramente superato (77), per rimandare, se mai, a quanto si era a suo tempo elaborato in tema di vendite mobiliari nel fallimento, per le quali il regime formale era variabile e non escludeva il ricorso alla vendita a trattativa privata. E la forma della vendita era conside-

#### Note:

(71) Cass., 17 febbraio 1995, n. 1730, in questa *Rivista*, 1995, 1013, ha stabilito che nella vendita forzata, pur non essendo ravvisabile un incontro di consensi, tra l'offerente e l'aggiudicatario, produttivo dell'effetto transattivo, essendo l'atto di autonomia privata incompatibile con l'esercizio della funzione giurisdizionale, l'offerta di acquisto del partecipante alla gara costituisce il presupposto negoziale dell'atto giurisdizionale di vendita, con la conseguente applicabilità delle norme del contratto di vendita non incompatibili con la natura dell'espropriazione forzata. Per una valorizzazione dei profili contrattuali nelle vendite forzate, v. in dottrina Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2010, 387, ad avviso del quale il provvedimento giudiziario formalizza il trasferimento che fa seguito ad un rapporto, pur sempre, contrattuale. Sulla stessa linea della evidenziazione di profili contrattuali nelle vendite forzate, possiamo rilevare quelle decisioni in cui si afferma la compatibilità della prelazione convenzionale con gli schemi dei procedimenti esecutivi (Cass., 11 febbraio 2004, n. 2576, in *Giust. civ.*, 2005, I, 503; Trib. Vicenza, 11 gennaio 2001, in questa *Rivista*, 2001, 1274).

(72) Cass., 25 febbraio 2005, n. 4085, in questa *Rivista*, 2005, 1384; Cass., 9 ottobre 1998, n. 10015, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 31; Cass., 21 dicembre 1994, n. 11018, in *Giust. civ.*, 1995, I, 917. G. Arieta-F. De Santis, *L'esecuzione forzata*, III/2, in F. Montesano - G. Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2007, 728; C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 2007, 98; G. Monteleone, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 954; A. Bonsignori, *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1988, 134; A. Tedoldi, *Vendita e assegnazione forzata*, cit., 669.

(73) A. Cerino Canova, *Vendita forzata ed effetto traslativo*, cit., 146.

(74) In verità, anche in passato, era stata sostenuta la tesi della parificazione delle vendite fallimentari alle vendite privatistiche, ad esempio sulla suggestione rappresentata da una sorta di mandato a vendere conferito dal fallito; così A. De Martini, *Profilo contrattuale della «vendita forzata» nell'esecuzione singolare e fallimentare*, in *Giur. compl. Cassazione civ.*, 1948, III, 189; sulla 'vicinanza' della vendita fallimentare alla vendita volontaria anche S. Satta, *Diritto fallimentare*, cit., 337.

(75) A. Donvito, *Le vendite immobiliari nel fallimento*, in *Giur. it.*, 2007, 779; L.A. Russo, *La riforma della legge fallimentare e la tutela giurisdizionale dei diritti: la crisi del giudicato*, in *Dir. fall.*, 2007, II, 267; G.U. Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 429. Con eccezione delle vendite disposte nell'esercizio provvisorio, v., A. Castagnola, *La natura delle vendite fallimentari dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 374; prima della riforma, già, G.C. M. Rivolta, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, 347.

(76) Così, incisivamente, A. Castagnola, *La natura delle vendite fallimentari dopo la riforma delle procedure concorsuali*, cit., 377, che ricorda anche un coerente passo di G.A. Micheli, *Dell'esecuzione forzata*, cit., 120, a proposito della necessità di indagare la struttura del procedimento per ricavare da esso la funzione così da svalutare il profilo formale.

(77) F. Fimmanò, *La liquidazione dell'attivo nel correttivo alla riforma*, cit., 860; P. Pajardi - A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 602.

rata un aspetto neutrale in relazione alla qualificazione della natura giuridica (78), talché le vendite disposte con le forme negoziali erano comunque inquadrabili nello schema della vendita coattiva (79); certo, la presenza di un formale decreto di trasferimento ha generato una ricorrente suggestione in letteratura in ordine alla decisività della componente pubblicistica (80).

Una volta stabilito che le vendite fallimentari si articolano secondo formule differenziate (quelle del codice di procedura civile, così come quelle della autonomia negoziale), mi pare non possa neppure condividersi l'idea che per le prime si possa parlare di vendite coattive e per le seconde di vendite privatistiche (81) se solo si considera che ambedue partecipano della stessa funzione e cioè quella di procurare risorse liquide da destinare ai creditori, nell'ambito di un procedimento giudiziario di natura espropriativa (82).

L'ulteriore argomento che giocherebbe a favore della tesi della natura privatistica delle vendite fallimentari sarebbe quello dell'assenza dal procedimento del giudice delegato, ma questa connotazione soggettiva (83) pare sostanzialmente assorbita dai rilievi svolti in precedenza a proposito dei diversi schemi formali. Infatti è evidente che se la vendita a trattativa privata è una vendita forzata per struttura e per funzione, nessuna importanza ha la circostanza che non vi partecipi, come è sin troppo ovvio (altrimenti non sarebbe una vendita con le forme negoziali), il giudice delegato; il solo fatto che ad esse partecipasse allora - come oggi - il giudice delegato in funzione di organo deputato ad autorizzare l'alienazione, nulla dimostrava, posto che il paradigma della vendita forzata era riconoscibile in virtù di altre ragioni (84).

Né una qualche influenza la dovrebbe esplicare il fatto che al giudice delegato siano, oppure no, riconosciuti poteri - anche incisivi - sull'attuabilità della vendita mediante l'esercizio del potere di sospensione (85). Tutto ciò conduce a concludere che la vendita disposta in sede di liquidazione concorsuale è, ancora, una vendita forzata (86).

Per quanto possa apparire eterodosso, si può suggerire che, esattamente al contrario di ciò che avviene

*vendite fallimentari dopo la riforma delle procedure concorsuali*, cit., 378; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 240.

(79) *Ex multis*, A. Bonsignori, *La liquidazione dell'attivo*, in *Comm. Scialoja-Branca l.fall.*, Bologna-Roma, 1976, 40; M. Montanari, *I procedimenti di liquidazione e ripartizione dell'attivo fallimentare*, cit., 88; V. Andrioli, voce *Fallimento*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 440; R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, III, cit., 1580; S. Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., 245; P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 614; ma, in senso contrario, A. Paluchowski, *L'applicazione delle norme sulle espropriazioni individuali alle vendite fallimentari*, in *AA.VV., Espropriazioni individuali e fallimento*, Milano, 2001, 87.

(80) E. Redenti, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 271; M.T. Zanzucchi - C. Vocino, *Diritto processuale civile*, III, cit., 112; in chiave assai più problematica, però, F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile. Il processo di esecuzione*, II, Padova, 1931, 320. È in particolare A. Cerino Canova, *Vendita forzata ed effetto traslativo*, cit., 153, che contesta l'efficacia persuasiva degli argomenti tratti dall'art. 586 c.p.c., dimostrando come tale disposizioni si limiti a disciplinare il trasferimento materiale del bene espropriato e non gli effetti giuridici derivanti dall'atto traslativo.

(81) Così giustamente, A. Castagnola, *La natura delle vendite fallimentari dopo la riforma delle procedure concorsuali*, cit., 582, ad avviso del quale anche per una interpretazione costituzionalmente orientata la soluzione del doppio binario andrebbe decisamente esclusa; P. Pajardi - A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 602.

(82) In questo senso A. Castagnola, *La natura delle vendite fallimentari dopo la riforma delle procedure concorsuali*, cit., 380, rileva che i connotati qualificanti le vendite forzate sono costituiti dall'essere la vendita inserita in un procedimento di attuazione della responsabilità patrimoniale e dall'essere il ricavato della vendita la provvista per remunerare quanti sono rimasti insoddisfatti per l'inadempimento della parte eseguita; nello stesso senso, v. C. Ferri, *La nullità delle vendite concorsuali*, cit., 437. Più in generale, la tesi della fungibilità della forma negoziale con la struttura forzata della vendita è ben evidenziata in A. Cerino Canova, *Offerte dopo l'incanto*, Padova, 1975, 120.

(83) Si tratta di un profilo indagato e valorizzato da A. Castagnola, *La natura delle vendite fallimentari dopo la riforma delle procedure concorsuali*, cit., 385, per escludere la fondatezza della teoria privatistica; F. D'Aquino, *sub art. 107*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2011, 1253; F. Fimmanò, *La liquidazione dell'attivo nel correttivo alla riforma*, cit., 864; P. Pajardi - A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 602.

(84) Sulla natura di vendita forzata delle alienazioni mobiliari condotte nella forma "a trattativa privata", v., Cass., 6 settembre 2006, n. 19142, in questa *Rivista*, 2007, 157; Cass., 17 settembre 2002, n. 13583, in questa *Rivista*, 2003, 43. Non pare, invece, condivisibile l'osservazione di F. Fimmanò, *La liquidazione dell'attivo nel correttivo alla riforma*, cit., 865, secondo il quale la natura di vendita coattiva discenderebbe dal fatto che, pur in mancanza di una ordinanza di vendita e di un decreto di trasferimento, il giudice partecipa pur sempre al procedimento di alienazione, quando autorizza l'atto [conforme al programma di liquidazione]. L'osservazione non è convincente in quanto farebbe dipendere la natura (forzata o volontaria) della vendita dal fatto che vi sia, o no, un atto del giudice, mentre il profilo soggettivo non è qualificante.

(85) A. Castagnola, *La natura delle vendite fallimentari dopo la riforma delle procedure concorsuali*, cit., 391; M. Perrino, *Programma di liquidazione e tecniche di liquidazione in blocco*, cit., 1102.

(86) M. Montanari, *Note sparse sulle istruzioni del Tribunale di Milano in materia di liquidazione dei beni del fallito*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 755; G. Federico, *Natura giuridica della vendita fallimentare*, in questa *Rivista*, 2007, 162; P. Pajardi - A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 602.

**Note:**

(78) Fra gli altri, C. Ferri, *La nullità delle vendite concorsuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 438; A. Saletti, *Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari*, *ivi*, 2003, 1041; V. Colesanti, *Vendita fallimentare a trattativa privata e potere di sospensione ex art. 108 legge fallimentare*, in *Giur. it.*, 1978, I, 2, 661; V. Tavormina, *Alcune riflessioni sulle vendite forzate nelle procedure concorsuali 'amministrative'*, cit., 623; A. Castagnola, *La natura delle*

ne nella liquidazione fallimentare, laddove la forma dell'atto può essere quella del negozio privatistico mentre la struttura dell'atto è sempre quella della vendita forzata per il solo fatto che la vendita avviene contro la volontà del debitore, nel trasferimento *intra*-concordatario, la forma dell'atto può essere quella pubblicistica perché germina da un provvedimento giudiziale (il decreto di omologazione e l'eventuale accessorio decreto di trasferimento), ma la struttura dell'atto è quella negoziale perché deriva dal consenso di chi, pur non avendone la proprietà, ha il potere di disporre della cosa (87). Il tribunale (con il decreto di omologazione) e il giudice delegato (con il decreto *ex art.* 108 l.fall.), si limitano ad operare un trasferimento della proprietà dei beni dal punto di vista formale che le parti hanno già deliberato con l'incrocio dei consensi quando la proposta veda l'intervento di un assuntore.

In verità, poi, anche nello stesso ambiente concorsuale vi sono casi di vendite disposte contro la volontà del debitore ma senza l'intervento del giudice e senza che siano inserite in un procedimento giurisdizionale in senso stretto. Ci si riferisce alle vendite disposte sia nell'amministrazione straordinaria, sia nella liquidazione coatta amministrativa, per le quali è controversa la natura (88) le quante volte queste vendite siano disposte nella cornice di un procedimento poco, o nulla, giurisdizionale.

Il nodo da sciogliere è quello della natura delle vendite effettuate nel concordato preventivo. Di recente si è rafforzata la tesi che legge l'attività liquidatoria post-omologazione in chiave pubblicistica, con l'effetto di reputare applicabili le disposizioni sulla vendita forzata (89), anche se poi queste letture non sono sempre coerenti, visto che, solo per fare un esempio, si è anche ritenuto azionabile nei confronti del liquidatore giudiziale il diritto di prelazione per l'acquisto di un bene vantato da un terzo (90), proprio sul presupposto della qualificazione del procedimento di concordato preventivo, come procedimento di natura essenzialmente privatistica.

Per cercare di risolvere la questione è opportuno precisare che le vendite vengono disposte in relazione ad un procedimento nel quale si attua la responsabilità patrimoniale (come accade nel fallimento) (91) ma in forza di un accordo fra il debitore ed i creditori. Le vendite disposte in esecuzione del concordato non sono vendite forzate (92) perché non avvengono contro la volontà del debitore (93), ma producono gli stessi effetti delle vendite forzate perché realizzano la garanzia sulla responsa-

bilità patrimoniale. In tale contesto è corretto assumere che le vendite nel concordato vanno sottoposte alle regole del diritto dei contratti e alle regole del diritto dell'esecuzione forzata in relazione alla diversità degli effetti che producono. Ad esempio, in quanto vendite che realizzano la garanzia patrimoniale, i diritti di prelazione che insistono sui beni si esauriscono con la liquidazione del bene e ciò spiega perché è corretto che vengano disposte le cancellazioni dai pesi ipotecari da parte del giudice (94); in quanto vendite che derivano da una volontà negoziale sono sottoposte alla disciplina delle regole sui contratti e ciò, eccezionalmente, anche quando la forma della vendita è quella propria delle vendite giudiziali.

---

### Note:

(87) Non tutti coloro che sostengono la tesi contrattuale sono, però, allineati sulla posizione espressa nel testo; ad esempio di Ferra, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 283 ritiene che il contratto veda come parti contrapposte il debitore e l'ufficio fallimentare e dunque il passaggio delle attività dal fallito all'assuntore troverebbe la fonte nella volontà del contraente "ufficio fallimentare", mentre l'assuntore sarebbe il destinatario della attribuzione in forza di un accordo separato ma collegato al primo. Questa ricostruzione cede, ora, di fronte alla proposta che proviene dal terzo, perché l'attribuzione avviene direttamente nei confronti di una delle parti della convenzione.

(88) Nel senso che si tratti di vendita forzata, A. Castagnola, *La natura delle vendite fallimentari dopo la riforma delle procedure concorsuali*, cit., 386; A. Saletti, *Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari*, cit., 1042; nel senso opposto, C. Ferri, *La nullità delle vendite concorsuali*, cit., 438, il quale afferma che le vendite nella liquidazione coatta e nell'amministrazione straordinaria non sono vendite coattive né forzate in quanto risultano attuate all'interno di un procedimento che deve escludersi abbia natura giurisdizionale-esecutiva.

(89) Cass., 18 febbraio 2009, n. 3903, in questa *Rivista*, 2010, 17. A proposito dell'applicabilità dell'art. 617 c.p.c., v., Cass., 14 marzo 2011, n. 5993, in questa *Rivista*, 2011, 949. Diversi autori assumono che la fallimentarizzazione della liquidazione concordataria dovrebbe portare alla lettura degli atti di liquidazione come espressione tipica di vendite forzate (v., *ex multis*, T.E. Casandro - C. Ceschel - S. Nicita - E. Norelli, *Il concordato preventivo*, cit., 408), ma si tratta di una soluzione non accettabile perché ciò che rileva è la funzione della vendita.

(90) Cass., 27 luglio 2004, n. 14083, in *Foro it.*, 2005, I, 136.

(91) M. Vitiello, *sub art.* 182, cit., 1603.

(92) Così, invece, V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., 314.

(93) Certo si tratta di una volontà condizionata dalla necessità di regolare la crisi, e tuttavia questo rilevante condizionamento non sprigiona il bisogno di applicare per forza l'intero statuto delle vendite forzate.

(94) La soluzione positiva è di tipo sistemico e non dipende, quindi, dalla dubbia applicabilità del rinvio all'art. 108 l.fall. (così, invece, G. Di Cecco, *sub art.* 182, cit., 2245).