

Studio n. 17-2010/E

Il trasferimento d'azienda nella procedura fallimentare ed il ruolo del notaio

Approvato dal Gruppo di Studio sulle Esecuzioni Immobiliari e Attività Delegate l'11 marzo 2011

Sommario: Prefazione; 1. Brevi cenni sulla riforma, organica, della procedura fallimentare; 2. Configurazione e legittimazione della vendita d'azienda della procedura fallimentare; 3. L'art. 104-ter ed il documento di strategia liquidativa del curatore; 3.1. Il nuovo art. 104-ter ed i nuovi sistemi di controllo sul programma di liquidazione; 4. Le procedure competitive, le classificazioni e le problematiche di natura dottrinale; 5. L'art 105 della legge fallimentare; 5.1. La vendita del complesso aziendale; 5.2. I debiti sorti prima del trasferimento; 5.3. Il trasferimento solo parziale dei lavoratori; 5.4. La cessione delle attività e passività; 5.5. Un nuovo veicolo societario per la gestione o la rivalutazione dell'azienda fallita; 6. Il ruolo del notaio nel trasferimento d'azienda all'interno della nuova procedura fallimentare; Conclusioni.

Prefazione

La recente riforma delle procedure concorsuali ha radicalmente innovato, modificandolo, l'ambito di operatività e la disciplina della liquidazione dell'attivo in generale, ma, per quello che interessa in questa sede, il trasferimento d'azienda, in particolare.

La legge fallimentare del 1942 non prevedeva affatto l'esistenza di norme specifiche che disciplinassero la vendita d'azienda, a ciò si era arrivati attraverso un tortuoso percorso giurisprudenziale che aveva legittimato, appunto, la vendita unitaria dell'azienda all'interno della procedura fallimentare, pur in assenza di specifiche norme, nonostante si continuasse a negare tale possibilità nelle esecuzioni individuali.

La mancanza di norme specifiche aveva dato vita ad un proliferare di discipline su base convenzionale che cercavano di sopperire all'utilizzo di istituti prettamente civilistici, non pensati per la materia concorsuale, e quindi inadeguati alla risoluzione di problematiche estremamente specifiche e settoriali.

Come è prevedibile, nonostante il continuo evolversi di tale disciplina pattizia, rimanevano comunque scoperti ampissimi ambiti di operatività del trasferimento d'azienda, uno per tutti quello riguardante i contratti di lavoro pendenti, la sorte degli stessi in caso di retrocessione dell'azienda, ma anche quello strettamente legato al superamento dell'art. 2112 c.c., che da sempre vincola e limita i trasferimenti aziendali nella parte in cui obbliga l'acquirente ad acquisire

tutti i contratti di lavoro esistenti al momento del trasferimento, al pari di qualsiasi altro contratto di fornitura o di servizio.

Il legislatore nel tentativo di ammodernare tutta la disciplina concorsuale, avvicinandola a quella dei paesi centroeuropei, e di renderla più snella, liberandola, in parte, dalla direzione giudiziaria, ha introdotto, per la prima volta, un organico apparato di norme, che attribuendo maggiori poteri al curatore, disciplinano modalità di vendita, regolazione dei rapporti e sistemi di controllo, inerenti il trasferimento d'azienda, prescindendo dal fatto che essa possa essere composta da beni mobili o immobili.

1. Brevi cenni sulla riforma, organica, della procedura fallimentare

Solo attraverso la pubblicazione del Decreto legislativo n. 169 del 2007 si è portata a conclusione la riforma delle procedure concorsuali che ha avuto tre passaggi normativi:

1. Il dl. 35\05 recante disposizioni urgenti nell'ambito delle procedure concorsuali del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale convertito con modifiche con la legge n. 80\05;
2. Il d.lgs. n.5 del 2006 recante la riforma organica delle procedure concorsuali, emanato in attuazione della suindicata legge 80\05;
3. Il d.lgs. 169\07 emanato anch'esso in attuazione della legge n. 80\05.

È noto che la riforma "organica" delle procedure concorsuali ha cercato di avvicinare la nostra legislazione fallimentare a quella degli altri stati industrializzati che già da tempo avevano favorito l'emersione e la composizione della crisi di impresa tramite accordi tra imprenditore e creditori che possono prendere varie forme: gli accordi di ristrutturazione, i cd. Piani attestati, lo stesso concordato preventivo che è stato liberato dal giudizio di meritevolezza e convenienza passando solo attraverso il voto delle varie classi creditizie.

La riforma fallimentare è stata portatrice di un'altra importante innovazione, la perdita della ormai anacronistica connotazione afflittiva del fallimento, introducendo, coerentemente con le molteplici sollecitazioni della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, il cd. *Fresh start* tramite il nuovo istituto dell'*esdebitazione* che porta la procedura ad un azzeramento dei debiti che non si siano riusciti a soddisfare con la procedura liquidativa fallimentare consentendo, all'imprenditore fallito, di ripartire con una nuova attività senza l'inutile orpello dei debiti residui che avrebbe certamente condizionato negativamente anche la nuova attività.

La riforma fallimentare ha poi ridotto, notevolmente, l'efficacia e la portata delle azioni revocatorie in modo da consentire, almeno nell'intento del legislatore, l'afflusso facilitato di

danaro fresco attraverso le cd. Ristrutturazioni; alla stessa maniera, nell'intento di ridurre l'impatto dei crescenti "stati di crisi", il legislatore ha ristretto l'accesso alle procedure concorsuali attraverso un ampliato ambito dimensionale che limita il fallimento solo a quelle situazioni in cui vantaggi e benefici siano sicuramente superiori ai costi e gli oneri per i creditori ed i contribuenti. Infine la riforma fallimentare ha introdotto un apparato di tecniche e modalità liquidative più moderne ed efficaci spostando l'organo del comando dall'autorità giudiziaria al comitato dei creditori quale organo di rappresentanza dell'intero ceto creditorio, trasformando l'organo giudiziario da elemento propulsivo e direttivo della procedura concorsuale in organo di vigilanza e controllo non solo della legittimità dell'attività liquidativa e distributiva ma anche della rispondenza della stessa all'impianto strategico iniziale estrinsecatosi, ad esempio, nel programma di liquidazione.

Senza oneri di completezza è forse opportuno evidenziare quale sia la normativa oggi applicabile alle procedure fallimentari in corso e a quelle instaurande, esigenza nascente dalla estrema frammentazione della normativa cogente e soprattutto scaturente dalla reiterazione dei provvedimenti normativi a correzione od integrazione di quelli precedenti.

Le procedure fallimentari e di concordato fallimentare oggi sono disciplinate:

1. Dalla legge fallimentare del 1942, con riferimento a tutte le procedure dichiarate anteriormente al 16 luglio 2006;
2. Dal decreto legislativo 5\06 con riferimento ai ricorsi per dichiarazione di fallimento o di concordato fallimentare depositati dal 16 luglio 2006;
3. Dal decreto legislativo 169\07 per tutti i fallimenti dichiarati dal 1 gennaio 2008, indipendentemente dalla pendenza o meno di un'istanza per la dichiarazione di fallimento;

E' estremamente controversa in dottrina ⁽¹⁾ e giurisprudenza la disciplina applicabile ai fallimenti o a i concordati fallimentari nascenti da ricorsi depositati prima del 16 luglio 2006, si dibatte, infatti dell'applicabilità della legge fallimentare del 1942 o, al contrario, dell'applicabilità del decreto legislativo 5\06.

2. Configurazione e legittimazione della vendita d'azienda della procedura fallimentare

Giurisprudenza e dottrina costante da anni hanno acclarato che le procedure individuali non possono avere ad oggetto i trasferimenti d'azienda ⁽²⁾ in quanto non disciplinati dal codice di procedura civile.

Tale considerazione nasce da alcuni punti fermi:

- a. Il codice di rito così come prevede nell'art. 670 il sequestro giudiziario dell'azienda, non prevede, nell'art. 671 il sequestro conservativo della stessa che è elemento preliminare e pregiudiziale all'espropriazione della stessa;
- b. L'elemento, forse, più importante a conferma del fatto che non si possa espropriare individualmente l'azienda nasce dal fatto che il pignoramento può colpire singoli beni e non universalità di diritti; colpire singoli beni di un'azienda significa smembrarla e quindi escutere i beni che la compongono e non la sua interezza che nasce dal complesso degli stessi; in sostanza escutere, ad esempio, i 100 beni che compongono un'azienda non è uguale ad escutere un'azienda composta da 100 beni, in quanto verrebbe meno l'elemento dell'organizzazione, che contraddistingue, appunto, l'azienda stessa. Esiste, di converso, una tesi contraria ⁽³⁾ che ritiene ammissibile il cd. Pignoramento d'azienda, legittimandolo proprio attraverso il fallimento visto come una sorta di pignoramento generale ⁽⁴⁾.

Ritornando alla materia fallimentare non si può non ricordare che la legge del 1942 non prevedeva affatto una disciplina della vendita d'azienda, nonostante ciò è da tempo certo, sia in giurisprudenza che in dottrina che sia assolutamente ammissibile la vendita unitaria dei complessi aziendali o dei rami d'azienda.

La dottrina ⁽⁵⁾, vigente la legge fallimentare di 1942, faceva discendere l'ammissibilità della cessione dei compendi aziendali da alcuni elementi non contestabili:

- a. Uno stesso giudice con capacità di direzione unitaria del procedimento liquidativo;
- b. Il fondamentale strumento di gestione e conservazione funzionale del complesso aziendale che è l'esercizio provvisorio;
- c. Una distinta ed analitica disciplina delle modalità alienative che per le masse mobiliari, componenti l'azienda, potevano individuarsi nell'art. 106 mentre per gli immobili di origine aziendali la norma di riferimento era l'art. 108 l.f.

3. L'art. 104-ter ed il documento di strategia liquidativa del curatore

La legge fallimentare del 1942 era caratterizzata da una generale libertà del curatore nel procedere alla liquidazione dell'attivo del fallimento in prospettiva di un sempre maggiore soddisfacimento dei creditori.

Il curatore, appunto, poteva utilizzare ogni strumento possibile per ottenere una rapida e adeguata liquidazione dei beni del fallimento purchè nel rispetto della legge e previa autorizzazione del giudice delegato. La vendita dei beni mobili ed immobili era regolata dallo stesso codice di procedura civile attraverso una importantissima norma di congiunzione tra legge

fallimentare e codice di rito, l'art. 105 l.f., che riteneva applicabili alla liquidazione dell'attivo fallimentare tutte le norme del codice di procedura civile in materia esecutiva "ad esso compatibili".

In pratica però solo l'esercizio provvisorio era veramente regolamentato e disciplinato dall'organo giudiziario, mentre tutta la fase liquidativa era cadenzata e regolamentata dagli atti del curatore sul presupposto di un'automatica autorizzazione da parte del giudice delegato. Per ovviare a tale modalità operativa, il legislatore del 2007 introducendo l'art. 104-ter ha istituito il "Programma di liquidazione" quale documento di generale strategia liquidativa del curatore.

L'art. 104-ter prevede che il curatore, entro sessanta giorni dal deposito dell'inventario predisponga il programma di liquidazione da sottoporre, all'approvazione del comitato dei creditori; il programma costituisce, come riferisce lo stesso art. 104-ter, l'atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo e deve specificare:

- a. L'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa o dei singoli rami d'azienda;
- b. La sussistenza di proposte di concordato ed il loro contenuto;
- c. Le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare;
- d. La possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami di beni o di rapporti giuridici in blocco;
- e. Le condizioni di vendita dei singoli cespiti;

Come successivamente stabilito dal decreto correttivo 169/07 il programma di liquidazione è approvato esclusivamente dal comitato dei creditori, essendo demandato al giudice delegato l'autorizzazione all'esecuzione degli atti ad esso conformi ⁽⁶⁾.

3.1. Il nuovo art. 104-ter ed i nuovi sistemi di controllo sul programma di liquidazione

Il correttivo D.L. 12/09/07 n. 169, a differenza di quello che tutta la dottrina prevedeva si è spinto ancora molto più in là sulla strada della privatizzazione della procedura fallimentare modificando il primo comma e quindi limitando l'approvazione del programma di liquidazione al solo comitato dei creditori e prevedendo nell'ultimo comma che "Il programma approvato è comunicato al giudice delegato che autorizza l'esecuzione degli atti ad esso conformi".

Sulla effettiva portata di tale disposizione la dottrina si è decisamente spaccata in due. Da un lato vi sono quegli autori che ritengono che il legislatore del 2007 abbia portato alle estreme conseguenze il concetto di privatizzazione della procedura fallimentare enfatizzando, quindi la centralità del comitato dei creditori a discapito della funzione di controllo giurisdizionale esercitata

dal giudice delegato, che dovrebbe limitarsi a verificare la rispondenza dei singoli atti, posti in essere dal curatore, al programma di liquidazione, stando attento a che il singolo atto sia sincronico rispetto alla legislazione vigente, evitando, quindi, la cd. violazione di legge ⁽⁷⁾. Questa corrente dottrinale ha addirittura ipotizzato che la nuova norma abbia degli estremi di illegittimità, per eccesso di delega ⁽⁸⁾. Secondo alcuni autori, in realtà con il nuovo art. 104-ter si è giocato sull'equivoco indotto dal fatto che nella delega al governo si parlava di autorizzazione del giudice, ma con riferimento al programma di liquidazione e non ai singoli atti; quindi, in sostanza il diverso sistema di controllo evidenziato dal nuovo art. 104-ter nascerebbe sostanzialmente da un *"quid pro quo"*.

Dall'altro lato vi sarebbe al contrario tutta quella dottrina che, ritiene che la nuova norma non solo non abbia depotenziato la funzione del giudice delegato ma lo abbia addirittura enfatizzato. ⁽⁹⁾ Gli autori a cui si fa cenno ipotizzano un doppio livello di controllo con funzioni e metodi di rilievo profondamente diversi: il primo più generico ma più organico effettuato dal comitato dei creditori sull'intero programma di liquidazione, il secondo più analitico, più complesso e maggiormente approfondito effettuato dal giudice delegato ogni volta che il curatore stia per compiere un atto volto alla monetizzazione dei diritti del fallito.

La dottrina a cui si fa riferimento ritiene che la funzione prima di un giudice delegato è quella di vigilare e controllare sulla regolarità della procedura; limitare la sua funzione a mera certificazione della rispondenza degli atti a quanto già approvato da altri significherebbe togliere contenuto e destituire di fondamento logico-processuale la stessa figura del g.d. Al contrario si ritiene che l'autorizzazione dei singoli atti conformi al programma di liquidazione abbia introdotto un nuovo e più capillare sistema di controllo del giudice delegato. Partendo da una nuova visione di questa figura e pensando al *"Business judgement rule"* si è voluto attribuire al giudice delegato un controllo analitico dei singoli atti di liquidazione posti in essere dal curatore ed approvati dal comitato dei creditori.

La dottrina più evoluta ⁽¹⁰⁾ ha dato una spiegazione, a nostro avviso, assai convincente dell'innovazione apportata dal nuovo 104-ter l.f.; secondo tale corrente dottrinale *"La funzione di correzione dell'art. 104-ter sta nel fatto che si vuole indurre all'analicità ed alla chiarezza, nel senso che gli atti autorizzati come desumibili dal programma di liquidazione siano anche essi specificamente individuabili e non debbano essere desunti come accadeva prima dell'intervento correttivo in commento, ex post come evincibili dall'approvazione del programma"*.

Si tende quindi a pensare che il correttivo abbia voluto ovviare ad un problema pratico che si stava verificando in tutte le nuove procedure fallimentari. In concreto si ravvisava una estrema

genericità dei programmi di liquidazione che soltanto in modo grossolano evidenziavano quale fosse il percorso di monetizzazione dei diritti patrimoniali del fallito. Questo programma di liquidazione veniva approvato da un comitato dei creditori spesso inesistente o a composizione limitata e sicuramente difficoltosa e di “*default*” approvato anche dal giudice delegato.

Un sistema di questo genere lasciava moltissime incognite sui singoli passaggi liquidativi che ovviamente non potevano, anche se avrebbero dovuto, essere specificati nel programma di liquidazione e che quindi costringevano gli organi della procedura ad una interpretazione *ex post* degli atti considerati autorizzati alla luce del programma di liquidazione. Si otteneva una sorta di interpretazione estensiva del programma di liquidazione e delle sue singole componenti, e di una autorizzazione successiva e consequenziale di tutti gli atti posti in essere dal curatore successivamente e che venivano considerati legittimi e congrui per il sol fatto che nascessero, anche lontanamente, da una singola parte del programma di liquidazione approvato.

Il controllo analitico dei singoli atti posti in essere dal curatore e sottoposti all’autorizzazione del g.d., è stato previsto, proprio per evitare l’inconveniente di una autorizzazione estensiva ad effetto posticipato; tale previsione evita che gli atti di liquidazione posti in essere debbano essere interpretati *ex post* e li sottopone, invece ad un controllo a maglie strette che muta ed enfatizza, allo stesso momento, la funzione del g.d. che da organo di indirizzo e controllo processuale assorbe alcune funzioni tipiche del comitato dei creditori ed espande il suo potere di verifica e controllo anche” alla convenienza economica *tout court* ossia di stretto merito nei limiti della discrezionalità tecnica del curatore”⁽¹¹⁾.

4. Le procedure competitive, le classificazioni e le problematiche di natura dottrinale

Prima ancora di affrontare in concreto il trasferimento d’azienda come disciplinato dall’art. 105 l.f. e forse necessario confrontarsi con le modalità liquidative così come innovate dalla riforma fallimentare del 2007, nella parte in cui introduce il concetto di “Vendite competitive”, perché saranno poi questi gli strumenti con cui si dovranno monetizzare i vari complessi aziendali.

Buona parte di tutta la recente dottrina, che si è presa il grave onere di confrontarsi con le astratte definizioni presenti nelle norme che hanno modificato la fase liquidativa della procedura fallimentare, concorda nell’affermare che possono rientrare tra le procedure competitive la trattativa privata e la licitazione privata⁽¹²⁾.

Alcuni autori⁽¹³⁾ si spingono ad una classificazione ulteriore delle procedure competitive distinguendo tra *vendite a procedure competitive semplificate* tra cui si annovera sicuramente la vendita mobiliare a offerte private, nella quale si riconosceva al giudice delegato ampi spazi di

discrezionalità quanto alle modalità della vendita e alla selezione dell'acquirente ⁽¹⁴⁾, e *vendite a procedure competitive rigide* di cui sono l'espressione più evidente la procedura di vendita con incanto e la procedura di vendita senza incanto ⁽¹⁵⁾. Da questo, e dalle caratteristiche intrinseche delle stesse categorie, gli autori citati fanno nascere una naturale esclusione dalle procedure competitive di tutti quei meccanismi alienativi che *"non conoscano una fase competitiva tra gli offerenti, quali le procedure ad offerte chiuse, in cui si procede alla scelta in favore dell'offerta maggiore senza una ulteriore gara tra gli interessati"* nonché *"di tutte quelle procedure che prevedevano la possibilità che all'inadempimento dell'acquirente subentri automaticamente l'ultimo degli offerenti in aumento"* ⁽¹⁶⁾.

Altra parte della dottrina ⁽¹⁷⁾ fa rientrare indistintamente tra le procedure competitive sia la vendita a licitazione privata che l'istituto della trattativa privata; tale corrente dottrinale si spinge ancora oltre escludendo che tra le procedure competitive possano essere annoverate la vendita senza incanto e la vendita con incanto. Tale dottrina giustifica questa posizione scientifica affermando che nel processo esecutivo individuale è il giudice dell'esecuzione che stabilisce le modalità della vendita, controlla i meccanismi concorrenziali, invita gli offerenti alla gara, assume ogni provvedimento relativo all'aggiudicazione, al versamento del prezzo ed infine al trasferimento del bene espropriato, mentre nella fase liquidativa del fallimento, nata dalla riforma del dlgs 5/2006, questo potere che prima era attribuito al giudice delegato oggi gli è tolto senza che il curatore possa surrogarlo *"in compiti propri del giudice dell'esecuzione nell'esercizio di poteri che la legge non gli attribuisce più"*.

La stessa dottrina ritiene che, al massimo, possano essere mutate dal codice di procedura civile, mai richiamato nella fase di liquidazione della procedura fallimentare riformata, alcune regole generali delle procedure espropriative individuali tra cui il sistema concorrenziale delle offerte, l'analisi dei requisiti degli offerenti, la disciplina delle cauzioni, *"ma certamente non si potranno applicare le norme, ad es. in materia di deliberazioni sull'offerta, in tema di vendita senza incanto, nè si potranno applicare le norme di cui all'art. 591-bis di delega delle operazioni di vendita, nè infine quelle sulla nomina dell'amministratore giudiziario o la custodia che presuppongono l'esercizio di poteri del giudice"*.

Pochi dubbi, al contrario, permangono sul fatto che le procedure competitive disciplinate dall'art. 107 l.f. siano procedure di vendita coattiva; anche se l'impianto generale di tali procedure è cambiato, nulla è cambiato con riferimento alla loro qualificazione giuridica.

Il legislatore, come abbiamo cercato di evidenziare finora, ha voluto spostare l'asse gestionale della fase di liquidazione dal giudice al curatore e quindi salvo ipotesi di delega della

fase alienativa, di cui ci occuperemo successivamente, la vendita dei beni verrà effettuata dal curatore stesso in esecuzione di quanto evidenziato nel programma di liquidazione. Questo porta con sé alcuni cambiamenti radicali rispetto al passato: la procedura di liquidazione del bene viene effettuata dal curatore, direttamente, e non più dal giudice, ma soprattutto l'atto di trasferimento sarà un atto tra privati e non più un provvedimento giudiziario. In via esemplificativa possiamo dire che in caso di alienazione di un immobile da parte di un curatore con procedura competitiva egli provvederà semplicemente a verbalizzare la fase di aggiudicazione del bene all'offerente divenuto aggiudicatario, ma poi dovrà recarsi necessariamente da un notaio per provvedere al materiale e regolare trasferimento del bene aggiudicato attraverso un "normale" contratto di compravendita. Tale contratto dovrà sottostare a tutta la disciplina civilistica in materia di compravendita, compresa, ad esempio, la forma scritta *ex art. 1350 c.c.* per i beni immobili, ma acquisirà anche tutti gli effetti sostanziali della vendita coattiva.

La dottrina più recente continua a pensare che le vendite effettuate dal curatore continuino a essere vendite coattive poiché la liquidazione dell'attivo continua ancora ad essere svolta sotto il controllo del giudice delegato *"il quale, come già rilevato, non solo autorizza l'esecuzione degli atti conformi a quelli previsti nel programma di liquidazione, ma ha altresì il potere di sospendere le operazioni di vendita"* ⁽¹⁸⁾.

A conferma di quanto appena detto si deve aggiungere che il giudice delegato emette il decreto di purgazione dei gravami esistenti sui beni oggetto di liquidazione, ai sensi dell'art. 108 II co. l.f., il che evidenzia, se ce ne fosse ancora bisogno, che la forma negoziale scelta dal curatore non altera *"il regime circolatorio proprio delle vendite coattive"* ⁽¹⁹⁾.

Appare opportuno precisare che ormai da più parti ⁽²⁰⁾ si sono individuati alcuni fondamentali pilastri essenziali che fanno di una certa modalità liquidativa una vendita competitiva:

1. Un sistema incrementale di offerte;
2. Una adeguata pubblicità;
3. La assoluta trasparenza endo processuale (attraverso la comunicazione alle parti);
4. regole prestabilite e non discrezionali di selezione dell'offerente ⁽²¹⁾.

Su questo presupposto non si può non riflettere sull'istituto della trattativa privata; a differenza di quello che ritiene gran parte della dottrina noi dubitiamo che la trattativa privata possa essere annoverata tra le procedure competitive previste dall'art. 107 legge fallimentare. Tale istituto per caratteristiche intrinseche è caratterizzato da una fortissima velocità di attivazione e di conclusione, ma è anche condizionata da una fortissima discrezionalità nelle scelte

e da una assoluta mancanza di competizione tra le parti interessate, elemento questo sostituito, appunto, dal potere discrezionale di selezione dell'organo da cui promana la trattativa privata stessa.

L'assenza di una forte trasparenza nei criteri di selezione degli offerenti ⁽²²⁾, la mancanza di un sistema incrementale di offerte, la intrinseca assenza di adeguate forme di pubblicità nei criteri di scelta degli interessati, fanno fuoriuscire la trattativa privata da quelle procedure ritenute competitive che possano essere inserite dal curatore nel programma di liquidazione, *ex art 104-ter l.f.*, ed usata come strumento alienativo dei beni compendio della procedura fallimentare; a nostro avviso la trattativa privata rientra in quelle formule competitive utilizzabili dal curatore, previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori, prima ancora dell'approvazione del programma di liquidazione, quando dalla mancanza di velocità di esecuzione ne possano derivare pregiudizio all'interesse dei creditori (*ex art. 104-ter VII co. l.f.*) e quindi, sostanzialmente come strumento di assoluta urgenza utilizzabile in condizioni di necessità, lasciando questa ipotesi in ristrettissimi ambiti di marginalità ed eccezionalità legati sostanzialmente al rischio di repentino decadimento strutturale dei beni oggetto di liquidazione.

Appare, in conclusione, possibile una ulteriore e più estrema visione delle procedure competitive in cui, ai quattro pilastri imprescindibili che fanno dello strumento di monetizzazione scelto dal curatore uno strumento competitivo (sistema incrementale di offerte, adeguata pubblicità, trasparenza, e regole prestabilite e non discrezionali di selezione dell'offerente), se ne possa aggiungere un quinto: una completa e assoluta apertura al pubblico interessato.

Una scelta operativa di questo genere, ovviamente, porterebbe a delle conseguenze radicali, in quanto si escluderebbe qualunque forma di selezione preventiva delle categorie di interessati con risvolti economici anche non di poco conto; si pensi, ad esempio ad una pubblicità che debba coprire solo alcuni ambienti economici o imprenditoriali ed invece ai costi di una pubblicità commerciale che debba coprire tutte le categorie di cittadini che solo potenzialmente possano partecipare ad una asta giudiziaria.

La conseguenza più immediata di una scelta di questo genere sarebbe quella di escludere immediatamente dall'alveo delle procedure competitive praticabili nel nostro ordinamento anche la procedura a licitazione privata, che, come già evidenziato, si basa su una pre-selezione degli interessati, che possono diventare offerenti solo su espresso invito dell'organo competente.

Una scelta in questo senso se da un lato comporterebbe un dispendio economico e processuale maggiore, in quanto procedure di monetizzazione rivolte ad un maggiore bacino di utenza richiedono tempi di organizzazione e maturazione commerciale necessariamente superiori,

rispetto ad intercettazioni economiche di nicchia a cui si accende in presenza di requisiti prestabiliti e certificati, dall'altro offrirebbe una garanzia di trasparenza e di equità che forse rappresentano gli elementi maggior rilievo in una vendita di derivazione giudiziaria, in quanto si escluderebbe, *in nuce*, qualunque apporto discrezionale del curatore e qualunque possibile ombra di sospetto circa una potenziale aggiudicazione guidata.

5. L'art 105 della legge fallimentare

Si è già accennato in precedenza che la legge fallimentare del 1942 non prevedeva affatto una disciplina analitica della vendita d'azienda ma che la dottrina e la giurisprudenza costante, a differenza di quanto avveniva per le esecuzioni individuali, avevano reso ammissibile tale modalità liquidativa nelle procedure fallimentari. Il legislatore della riforma, però, ha ritenuto necessario ed imprescindibile una apposita disciplina della vendita d'azienda, dei rami d'azienda e dei beni e rapporti in blocco, novellando radicalmente l'art. 105 della legge fallimentare.

Il primo comma di tale norma dispone esplicitamente che la liquidazione dei singoli beni è disposta quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori.

Appare evidente da una prima lettura della norma che il legislatore ha privilegiato, a chiare lettere il principio del massimo realizzo; tutta l'attività liquidativa, ed in particolare il trasferimento dei complessi aziendali, devono essere preferiti solo quando lascino presumere un realizzo economico maggiore rispetto ad altre soluzioni; alla stessa maniera appare chiaro che, attraverso la lettura della norma, si trova conferma a quanto la prassi aveva già attuato in passato sotto la vigenza della legge del 1942; in molti tribunali italiani la cessione d'azienda non si contrapponeva affatto alla vendita atomistica dei beni, ben potendosi con attività endoprocessuali accompagnare la cessione di singoli beni o di attività omogenee previamente scorporate dall'azienda alla cessione del residuo complesso aziendale o di rami d'azienda.

Nella disciplina del fallimento come pure nella disciplina del concordato preventivo e in quella della liquidazione coatta amministrativa non si rintracciano, ancora oggi, dei criteri che possano guidare l'operatore in adeguata valutazione dell'azienda dell'ambito di una procedura concorsuale ⁽²³⁾.

L'assenza di una chiara disciplina valutativa ed una tendenziale incertezza sui metodi scientifici di valutazione del complesso aziendale ha portato le prassi più evolute, prima, e la gran parte dei curatori poi a valutare le aziende, nell'ambito delle procedure concorsuali facendo

riferimento non soltanto alle consistenze patrimoniali ma anche alle intrinseche prospettive reddituali future.

In concreto la cessione del compendio aziendale nella sua unitarietà consentirà di evidenziare i necessari valori di avviamento ancora esistenti unitamente agli intangibles e ai valori dei cespiti ancora funzionanti.

Al contrario, nei casi in cui non sia neanche prospettabile un ritorno alla redditività aziendale, in ambiti temporali ristretti, le perdite gestionali in prospettiva futura andranno a comprimere il reale valore del complesso aziendale e quindi in tali ipotesi la vendita atomistica dei singoli cespiti potrebbe portare, e molto spesso porta, ad un valore di realizzo superiore a quello che si sarebbe ottenuto dalla cessione dell'azienda nella sua unitarietà ⁽²⁴⁾.

5.1. La vendita del complesso aziendale

Rinviando ai paragrafi precedenti per quanto attiene alle modalità competitive richiamate dall'art. 107 a suo volta citato dall'art. 105 e a tutte le problematiche connesse ai diversi percorsi dottrinali relativi alla loro esatta individuazione, cogliamo soltanto l'occasione per evidenziare che lo stesso art. 105 richiama espressamente l'art. 2556 c.c.; tale norma in combinato disposto con l'art. 1350 c.c sembra configurare alcune linee guida sulla forma necessaria agli atti di cessione d'azienda:

1. in via generale si può affermare che il contratto di cessione dei complessi aziendali non richiedono la forma scritta *ad substantiam* se non per i casi in cui l'azienda contenga al suo interno beni per il cui trasferimento sia necessaria la forma scritta (art. 2556 I co c.c.);
2. quando l'azienda contenga dei beni immobili o contratti di locazione di beni immobili per una durata superiore a nove anni la forma scritta (atto pubblico o scrittura privata) è richiesta *ad substantiam* dall'art. 2556 I co e dall'art. 1350;
3. la forma scritta è richiesta *ad probationem* in tutti i casi previsti non come elemento essenziale del contratto ma come elemento di prova;
4. la forma scritta (atto pubblico o scrittura privata autenticata) è sempre richiesta (art. 2556 II co c.c.) quale condizione per poter procedere al deposito dell'atto presso il registro Imprese.

È necessario ricordare che in conseguenza dell'istituzione del registro imprese con la legge 580 del 1993 si è resa obbligatoria l'iscrizione non solo dell'imprenditore commerciale ma anche del piccolo imprenditore e dell'imprenditore agricolo e di conseguenza la dottrina ⁽²⁵⁾ ritiene che l'art. 2556 sia applicabile anche agli atti che riguardino tali soggetti.

Per onere di completezza si ricorda che anche recentemente il giudice di legittimità ⁽²⁶⁾ ha precisato che il complesso di beni che compone l'azienda configura un classico esempio di universalità di beni ai sensi dell'art. 816 c.c. per la quale non trova applicazione il generale principio dell'acquisto immediato dei beni tramite il possesso, in forza dell'esplicita esclusione contenuta nell'art. 1156 c.c.

5.2. I debiti sorti prima del trasferimento

L'art. 105 IV comma stabilisce a chiare lettere: “ *Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento*”.

Come già precisato nei paragrafi in cui si è parlato delle vendite competitive è ormai convinzione costante della dottrina e della giurisprudenza che le vendite fallimentare rientrino a pieno titolo nell'ampia categoria delle vendite giudiziali o forzate con la conseguenziale applicabilità degli artt. 2919 – 2929 del codice civile, che, appunto disciplinano gli effetti delle vendite forzate; tale conclusione è valida per tutti quei casi in cui il procedimento di liquidazione del bene del fallimento si concluda con un provvedimento giudiziario (ad es. il decreto di trasferimento) sia in tutti quei casi in cui il procedimento liquidativo si concluda con un atto negoziale, oggi ammissibile proprio a seguito della riforma della procedura fallimentare che ha, appunto introdotto le vendite competitive ed il conferimento dei poteri di impulso alla liquidazione al curatore ⁽²⁷⁾.

Ritornando alla norma suindicata sorge oggi un problema circa la valutazione di compatibilità dell'art. 105 IV co e tutta la disciplina contenuta 2557 – 2560 c.c.. Da sempre si discute sulla possibilità di ampliare la disciplina dell'art. 2560 alle procedure concorsuali; tale norma evidenzia quale principio generale che nel trasferimento di un'azienda commerciale, l'alienante risponde dei debiti inerenti all'esercizio dell'azienda, anteriori al suo trasferimento, salvo che gli acquirenti abbiano acconsentito alla sua liberazione; lo stesso art. 2560 stabilisce che di tali debiti risponde anche l'acquirente nel caso in cui essi risultino dalle scritture contabili.

In modo esemplare il legislatore con il quarto comma dell'art. 105 l.f ha recepito la posizione della dottrina e della giurisprudenza più avanzate e ciò per alcune ragioni di particolare importanza:

1. Innanzitutto si creerebbe un'evidente incompatibilità tra la responsabilità dell'acquirente per i debiti aziendali risultanti dalle scritture contabili ed il principio della *par condicio creditorum* in quanto si dovrebbe riconoscere all'acquirente dell'azienda un diritto di

regresso verso la massa fallimentare o addirittura, uno sconto sul prezzo delle attività aziendali vendute, facendo subire all'intera massa, ed in particolare ai creditori il cui credito non risulti dalle scritture contabili;

2. Inoltre si deve evidenziare che la responsabilità dell'acquirente sarebbe volta a proteggere gli interessi economici dei creditori aziendali contro il rischio di una vendita d'azienda ad un prezzo irrisorio; tale rischio è da escludersi proprio perché, come precisato in precedenza le vendite vengono effettuate con modalità predisposte a garanzia del miglior risultato possibile e sotto il controllo e la vigilanza dell'organo giudiziario.

Importante dottrina ⁽²⁸⁾ fa notare che assolutamente incompatibile con la responsabilità dell'acquirente è anche il sistema di purgazione legato alle vendite coattive, visto che il decreto del giudice delegato, con il quale si cancellano tutti i gravami insistenti sui beni venduti, ha lo scopo di far pervenire il bene all'acquirente come libero da ogni peso, elemento questo in contrasto con la responsabilità patrimoniale di cui al II co. dell'art. 2560 c.c.; alla stessa maniera è utile ricordare che l'esistenza di una simile responsabilità sarebbe elemento fortemente dissuasivo alla partecipazione di potenziali interessati all'acquisto dei complessi aziendali tramite vendita competitiva ⁽²⁹⁾.

5.3. Il trasferimento solo parziale dei lavoratori

Avendo come importante riferimento l'art. 2112 c.c. ⁽³⁰⁾, nonché l'art. 47 della legge 29 dicembre 1990 n. 428 emanata in attuazione alla direttiva CEE n. 77\187 del 14 febbraio 1977 è possibile ricordare che il legislatore ha introdotto nell'ordinamento giuridico nazionale la possibilità di non applicare l'art. 2112 quando oggetto della cessione sia un'impresa sottoposta a procedura fallimentare o in presenza di un concordato preventivo omologato o, ancora, in caso di emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa o, infine, in caso di sottoposizione ad amministrazione straordinaria.

In questo modo la legislazione in materia concorsuale si è adeguata alle normative di settore già esistenti nei paesi nord europei, prevedendo, esplicitamente, che nel caso in cui il cedente sia oggetto di procedura concorsuale (in attuazione dell'art. 4-bis della direttiva 29 giugno 1998 n. 98\50) si possa derogare ad alcune delle regole auree dei trasferimenti d'azienda: che il complesso aziendale passi con tutti i dipendenti già esistenti in capo al cedente, e che il cessionario sia obbligato a mantenere le stesse condizioni economiche esistenti al momento della cessione.

È importante evidenziare che la deroga all'art. 2112 c.c. prevista dal III comma dell'art. 105 l.f. e dall'art. 47 della legge 428/1990 è sottoposta a quattro fondamentali condizioni:

1. Che l'impresa sia socialmente rilevante, ossia che occupi più di quindici dipendenti, così da consentire l'esperimento della consultazione sindacale ⁽³¹⁾;
2. Che il trasferimento riguardi un'impresa nei confronti della quale sia stata esperita una delle procedure concorsuali;
3. Che la continuazione dell'attività d'impresa non sia stata appositamente disposta o, al contrario, sia cessata;
4. Che, durante la procedura di consultazione sindacale, sia stato raggiunto un accordo per il mantenimento anche parziale del complesso occupazionale.

Con riferimento all'importantissima questione dell'efficacia soggettiva degli accordi collettivi stipulati in base all'art. 47, sia per quanto attiene al mantenimento di un organigramma ridotto rispetto a quello del cedente che con riferimento alla irresponsabilità del cessionario rispetto ai debiti da lavoro subordinato esistenti al momento della data del trasferimento, secondo parte della dottrina ⁽³²⁾ gli accordi conclusi in deroga all'art. 2112 sono vincolanti per tutti i lavoratori interessati, a prescindere dalla loro adesione al sindacato stipulante, non essendo quest'ultimo un requisito previsto dalla legge, la quale indica come destinatari dell'accordo contrattuale i lavoratori il cui rapporto continua con l'acquirente senza che nulla sia richiesto circa la loro iscrizione o adesione al sindacato. Secondo altro orientamento la disapplicazione in conseguenza dell'intervenuto accordo sindacale, richiede altresì la rinuncia individuale in sede protetta, ai sensi del quarto comma dell'art. 2113 c.c., così da assicurare stabilità all'accordo medesimo anche nei confronti dei lavoratori non iscritti o non aderenti alle organizzazioni sindacali che hanno sottoscritto l'accordo. Tale posizione dottrinale ⁽³³⁾ è retta dalla considerazione che, a norma dell'art. 2113 c.c, le rinunzie e le transazioni, che hanno ad oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili di legge o di accordi collettivi non sono ritenute valide se non transitate attraverso la conciliazione ex artt. 185, 410 e 411 c.p.c. ⁽³⁴⁾.

Con riferimento all'ipotesi del mancato raggiungimento dell'accordo sindacale, disciplinato dall'art. 105 III co e dal V co. dell'art. 47 legge 428\90 autorevole dottrina ⁽³⁵⁾ ha ricordato che l'unico strumento utile per evitare l'applicazione dell'art. 2112 " è la disdetta in tempo utile dai rapporti di lavoro subordinato da parte della curatela...La via percorribile dal curatore al fine di liquidare in blocco l'azienda passa insomma attraverso il preventivo licenziamento di tutti i lavoratori in carico all'impresa fallita, a meno che non sia, per ipotesi, realizzabile un trasferimento con tutta la forza lavoro o vi sia un accordo espresso con i singoli lavoratori di tipo derogatorio. Una via in controtendenza con la filosofia della liquidazione riallocativa e col sistema lavoristico....".

Altra parte della dottrina ⁽³⁶⁾, ha sollevato forti perplessità a tale impostazione; il licenziamento dell'intero organigramma, si evidenzia, determinerebbe la assoluta dissoluzione dell'intero complesso aziendale anche perché tale procedura di licenziamento richiederebbe oneri e tempi non di poca entità; in via sintetica i passaggi sarebbero questi:

- a. Sospensione immediata dei rapporti di lavoro alla data di avvio della procedura concorsuale in attesa della concessione C.I.G.S con effetto retroattivo alla data di apertura della procedura concorsuale;
- b. Concessione, su richiesta del curatore fallimentare, ai sensi dell'art. 3 legge 23 luglio 1991 n. 223 per un periodo non superiore a dodici mesi del trattamento straordinario di integrazione salariale in ipotesi di non continuazione o cessazione dell'attività;
- c. Accertata impossibilità di ripresa dell'attività;
- d. Esaurita la procedura indicata ai punti a, b e c collocamento in mobilità dei lavoratori eccedenti e comunicazioni per iscritto a ciascuno di essi del recesso;
- e. Avvio degli adempimenti necessari per procedere alla dismissione del complesso aziendale.

La dottrina citata, mette addirittura in discussione che a seguito di una simile procedura si possa ancora parlare di complesso aziendale da vendere, visto che tale entità è stata privata della sua componente umana ed è restata in deficit funzionale per l'intero periodo richiesto per la procedura di licenziamento.

Se l'intento del legislatore, con la riforma della procedura fallimentare, era quello di anticipare l'intervento del controllo giudiziario e creditizio allo stato di crisi dell'impresa e non più al momento dell'insolvenza, nella speranza di una più facile riallocazione dell'azienda nel mercato attivo dell'economia reale, è prospettabile che, per una più facile allocazione del compendio aziendale, si crei una sostanziale irresponsabilità dell'acquirente per tutti i debiti inerenti alla fase ante fallimento dell'azienda ceduta, *ivi inclusi i debiti nascenti da rapporto di lavoro*; alla stessa maniera è opportuno che le consultazioni sindacali possano essere estese anche alle imprese fino a 15 dipendenti.

Nella assoluta consapevolezza che l'interpretazione dominante del II e IV comma dell'art. 105 versa in senso contrario sarà, ad avviso di chi scrive, sempre opportuno che venga sempre esperita la consultazione sindacale e venga, inoltre, richiesta la rinuncia individuale dei singoli lavoratori in sede protetta, ai sensi dell'art. 2113, così da assicurare stabilità all'accordo anche nei confronti di coloro che non iscritti o non aderenti alle organizzazioni sindacali che hanno sottoscritto l'accordo. Allo stesso modo si è assolutamente consapevoli che nel caso in cui la giurisprudenza e la dottrina dovessero ritenere che l'esclusione della responsabilità

dell'acquirente per i debiti di lavoro è subordinata al raggiungimento dell'accordo sindacale, ai sensi dell'art. 47 *lex* 428\90, sarà necessario prendere atto che questo configurerà un fortissimo ostacolo al trasferimento d'azienda all'interno delle procedure fallimentari, vista la complessità e la lentezza legata alla consultazione sindacale.

5.4. La cessione delle attività e passività

Il quinto comma dell'art. 105 l.f stabilisce esplicitamente: *“il curatore può procedere altresì alla cessione delle attività e delle passività dell'azienda o dei suoi rami, nonché di beni o rapporti giuridici individuali in blocco, esclusa comunque la responsabilità dell'alienante prevista dall'articolo 2560 del codice civile”*.

La norma in esame va interpretata in combinato disposto sia con il quarto comma dello stesso art. 105, nella parte in cui esclude la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento, sia con l'ultimo comma, sempre dell'art. 105, nella parte in cui prevede che il pagamento del prezzo possa essere effettuato mediante accollo di debiti da parte dell'acquirente solo se non viene alterata la graduazione dei crediti.

È da evidenziare che facendo riferimento a “la cessione delle attività e delle passività dell'azienda” il legislatore non ha voluto creare una terminologia alternativa a “la cessione dell'azienda o di rami d'azienda” se alla prima espressione si dà il significato di sostituzione di un soggetto con un altro limitatamente ad un insieme di rapporti giuridici non costituenti azienda o rami d'azienda.

Come chiaramente osservato dalla dottrina ⁽³⁷⁾ tale disposizione è mutuata dal secondo comma dell'art. 90 d.lgs. n. 385/1993 in materia di liquidazione coatta amministrativa degli istituti di credito.

La distinzione tra “ cessione di attività e passività” da un lato e “cessione di azienda” dall'altro è rilevante per una adeguata ricostruzione del modello disciplinare applicabile, perché soltanto nel secondo caso potranno trovare applicazione le norme civilistiche in materia di cessione di azienda (art. 2558 e 2559 c.c.) dovendo, invece, trovare applicazione nel primo caso le norme in tema di cessione di contratto (art. 1406 s.s. c.c.) o di cessione di crediti (art. 1264 c.c.).

La norma, come appare chiaro, prevede innanzi tutto la possibilità di cessione di attività dell'azienda o dei suoi rami, nonché di rapporti giuridici individuabili in blocco. Tale previsione non è sicuramente una innovazione, ma va a confermare una prassi procedurale che trovava conferma già nella disciplina contenuta nella legge fallimentare del 1942.

La novità vera e propria consiste nella possibilità che nel fallimento insieme alle attività aziendali si possano cedere anche le passività. Con la legge fallimentare del 1942 la dottrina più accorta si chiedeva della legittimità della vendita di complessi aziendali con clausole di accollo dei debiti aziendali in capo all'acquirente.

La dottrina ⁽³⁸⁾, a cui si faceva cenno, riteneva possibile la cessione dei debiti ma con ponderatezza da valutare caso per caso tutte le volte che l'attivo fallimentare facesse pensare che l'accollo da parte dell'acquirente non avrebbe pregiudicato i diritti dei creditori di grado anteriore. Il legislatore della riforma sembra aver adottato proprio questa linea guida nel prevedere nel V comma dell'art. 105 l.f. la cedibilità all'acquirente dell'azienda anche delle passività aziendali, predisponendo, con l'ultimo comma dello stesso art. 105, che il pagamento del prezzo possa essere effettuato mediante accollo di debiti da parte dell'acquirente solo se non viene alterata la graduazione dei crediti, vale a dire soltanto se viene rispettato il principio cardine della *par condicio creditorum*.

Nella pratica tale strumento liquidativo non è utilizzato diffusamente dai curatori perché appare complessa la previsione sulla ripartizione finale sull'attivo; il curatore deve attentamente valutare l'affidabilità del cessionario dell'azienda che si accolla i debiti ammessi al passivo, al fine di escludere che un eventuale inadempimento del cessionario si traduca in un danno per i creditori trasferiti ed accollati a quest'ultimo.

Alla luce di quanto detto appaiono prospettabili due diverse eventualità: a) nei casi in cui si sia stato l'accollo in capo all'acquirente delle passività aziendali, il creditore dell'impresa fallita deve insinuarsi al passivo della procedura e soddisfarsi sul ricavato concorsuale, in ragione del carattere purgativo della vendita fallimentare [art. 105 quarto comma]; b) nei casi in cui, al contrario, in deroga al principio dell'efficacia purgativa della vendita coattiva, le passività aziendali vengano convenzionalmente accollate all'acquirente dell'azienda, il creditore non potrà far valere la responsabilità solidale dell'alienante ossia del fallimento.

Ancora più problematica appare la cessione delle passività dell'azienda che siano assistite da garanzie reali o da privilegi iscritti sui beni facenti parte dell'azienda oggetto della procedura fallimentare. Quando le passività assistite da garanzie reale o da privilegi iscritti vengono accollate all'acquirente, il creditore, non potrà in ogni caso far valere la responsabilità solidale del fallimento alienante; in quei casi in cui, inoltre, il bene gravato da garanzie o privilegi iscritti non venga anch'esso trasferito all'acquirente unitamente alle passività, ma venga trattenuto nel fallimento, il creditore si vedrà sottratto il bene su cui fondava la garanzia a suo favore, senza aver incassato il prezzo scaturente dalla vendita del bene, sul quale, però, si trasferisce la garanzia medesima. È

quindi da ritenere che l'accollo all'acquirente di passività assistite da garanzie reali o privilegi soggetti ad iscrizione, gravanti su beni di proprietà del fallimento, possa avvenire soltanto in favore dell'acquirente anche dei beni oggetto della garanzia reale o del privilegio iscritto. A conferma di ciò non può non rilevarsi che questo è l'impianto adottato dal legislatore nella riforma delle esecuzioni individuali quando affronta l'accollo del debito ex art. 508 c.p.c. al pari di quanto è previsto nell'art. 41 T.U.B..

In conclusione possiamo osservare che l'intento della cessione in blocco delle attività è quella di accelerare i tempi di chiusura della procedura concorsuale, la procedura stessa non deve prestare a favore dei cessionari alcuna garanzia se non quella della proprietà e della disponibilità dei beni, mentre, con riferimento ai crediti deve limitarsi a garantire l'esistenza degli stessi spingendosi soltanto verso cessioni pro soluto.

5.5. Un nuovo veicolo societario per la gestione o la rivalutazione dell'azienda fallita

A conferma che l'azienda nella sua complessità di elementi è uno dei punti focali dell'intera riforma della procedura fallimentare non si può omettere uno sguardo d'insieme su un nuovo istituto ricompreso nel riformato art. 105 l.f. ⁽³⁹⁾ all'ottavo comma.

La norma evidenzia l'esigenza del legislatore di dotare gli organi della procedura di tutti gli strumenti possibili per mantenere in vita e rendere più efficiente l'azienda fallita ai fini di una semplificata e meno onerosa gestione della stessa.

La legge del 1942 in tutti i casi in cui non era prospettabile o auspicabile una immediata cessione a terzi dell'azienda fallita prevedeva due strumenti gestionali, tuttora validi ed efficaci: l'esercizio provvisorio dell'azienda fallita da parte degli stessi organi della procedura, oppure l'affitto del complesso aziendale da parte di soggetti terzi individuati con formule competitive ai sensi dell'art. 107 l.f..

Come si diceva in premessa il legislatore ha voluto dotare la procedura fallimentare di un nuovo strumento gestionale che passi attraverso una società, anche di nuova costituzione, che consenta di ovviare ad alcuni inconvenienti tipici dell'esercizio provvisorio o dell'affitto d'azienda, in quanto le conseguenze della gestione vengono ristrette nel limitato ambito del nuovo veicolo societario, partecipato dal fallimento, escludendosi in questo modo che l'assunzione di nuovi debiti connessi alla gestione aziendale possa pregiudicare gli interessi della massa dei creditori. L'amministrazione della società "veicolo" può essere affidata ad un organo amministrativo designato dagli organi della procedura concorsuale, lasciando quindi nell'ambito della stessa procedura fallimentare gli strumenti di comando che possono spingersi, attraverso interventi

autoritativi, fino all'interruzione della gestione. Infine, il conferimento del complesso aziendale in una società di nuova costituzione può essere, in alcune situazioni, più agevole e più rapido rispetto, ad esempio, ad un contratto d'affitto d'azienda, che passa necessariamente attraverso un estenuante accordo su base convenzionale con l'affittuario.

Sotto altro punto di vista, la nuova società, può, avendo nuova veste, attrarre a se nuove iniziative imprenditoriali volte ad una economica liquidazione realizzata attraverso la conservazione dei valori positivi dell'azienda (fornitori, clienti, dipendenti).

Nonostante l'intento del legislatore sia stato pregevole e volto, soprattutto, a dotare la procedura di tutti gli strumenti possibili per la conservazione dei valori aziendali, si deve riscontrare, nella pratica una sostanziale disapplicazione di tale nuovo istituto in parte giustificato dai costi e dai tempi di applicazione oltre che, almeno per ora, da una carenza di informazioni, per gli operatori, sui vantaggi e sulle prospettive di risultato.

6. Il ruolo del notaio nel trasferimento d'azienda all'interno della nuova procedura fallimentare

Prima di affrontare nel merito il ruolo del notaio nel trasferimento d'azienda all'interno della riformata procedura fallimentare è necessario fare alcune precisazioni: innanzitutto è il caso di ricordare che solo con la riforma del 2007, che ha radicalmente novellato l'art. 105 l.f. è stata introdotta in modo esplicito, nella legge fallimentare la liquidazione dell'azienda come universalità di diritti e quindi il suo trasferimento coattivo; che prima di tale riforma la liquidazione delle aziende coinvolte in procedure fallimentari si aveva solo attraverso una collaudata e granitica posizione giurisprudenziale e dottrinale ⁽⁴⁰⁾, che attraverso un'attenta ricostruzione della funzione, della metodologia e degli scopi di tale liquidazione si era spinta a legittimare il trasferimento d'azienda anche in assenza di una norma esplicita. È altresì importante ricordare che l'attuale codice di procedura civile non prevede forme di coazione, né tanto meno di liquidazione nei confronti delle aziende.

Partendo da questi assunti proveremo a ricostruire la figura del notaio all'interno della nuova procedura fallimentare ed in particolare con riferimento alla liquidazione dei compendi aziendali.

Come già ricordato in altra sede ⁽⁴¹⁾ la figura del notaio nella liquidazione dell'attivo, alla luce della nuova procedura fallimentare, è particolarmente complessa, in quanto tale "professionista" può avere ruoli ⁽⁴²⁾ e compiti assai diversi al variare del soggetto che ne richiede l'utilizzo ed al variare dei compiti attribuitogli.

Dobbiamo iniziare col dire che la liquidazione dell'attivo è strutturalmente attribuita al curatore, il quale provvede ad inventariare i beni, spesso facendosi ausiliare da appositi specialisti quali consulenti, e poi, previa autorizzazione *ex art. 104-ter* l.f., a liquidare i beni rinvenuti. Come abbiamo già precisato la liquidazione deve avvenire attraverso modalità competitive⁽⁴³⁾, ed in tale sede il ruolo del notaio può essere variegato; nella sua funzione più limitata il notaio nelle liquidazioni fallimentari può essere notaio di parte a cui il curatore e l'aggiudicatario si rivolgono per formalizzare il trasferimento del bene aggiudicato attraverso le vendite competitive; in concreto il curatore seleziona l'aggiudicatario attraverso la competizione liquidativa e previa autorizzazione del Giudice delegato si reca da un notaio per procedere al trasferimento del bene aggiudicato tramite un atto negoziale mediante il quale la procedura fallimentare, in persona del curatore, trasferisce all'aggiudicatario il bene oggetto della gara, effettuata in una certa data e con un determinato risultato di prezzo, che sarà quello individuato attraverso un sistema incrementale di offerte a cui hanno partecipato tutti gli offerenti; successivamente o contestualmente a tale momento il giudice delegato con decreto, *ex art. 108* l.f., procederà a purgare il bene venduto dai gravami eventualmente esistenti. In questa veste il notaio non ha nessuna funzione o ruolo endoprocedurale, in questa sede il notaio rogante è pubblico ufficiale scelto dalle parti⁽⁴⁴⁾.

Per ovviare allo sdoppiamento tra fase alienativa e fase di purgazione dei gravami si è ipotizzato⁽⁴⁵⁾ che il notaio possa essere autorizzato *ex art. 104-ter* III comma dal giudice delegato a redigere bozza di un decreto di trasferimento e al compimento di tutte le attività conseguenti al trasferimento stesso⁽⁴⁶⁾, al pari di quanto accade nelle procedure esecutive immobiliari individuali ai sensi dell'art. 591-*bis* c.p.c. ; tale decreto dovrà contenere una parte strettamente alienativa del bene aggiudicato attraverso la gara ed una parte più puntualmente purgativa dei gravami esistenti sul bene alienato, così come impone l'ultimo comma dell'art.108 l.f.. Tale modalità consentirebbe di ovviare alle lungaggini burocratiche legate all'emissione di un decreto purgativo *ex art. 108* l.f. che dovrebbe seguire a stretto giro l'atto di alienazione, ma che in concreto ha con tempi molto più lunghi, lasciando, nelle more, il bene venduto gravato da ipoteche o pignoramenti o privilegi e sicuramente dalla sentenza dichiarativa di fallimento che di fatto impediscono una materiale utilizzabilità del bene sotto l'aspetto più strettamente patrimoniale. Della figura e funzione del notaio in questa sede se ne parlerà, più dettagliatamente in seguito.

Appare, ora, opportuno evidenziare quella che è la funzione del notaio, forse più evoluta e piena di responsabilità, ma più vicina alle esigenze di razionalizzazione funzionale, che ha spinto alcuni tribunali italiani, prima per le esecuzioni individuali e poi per le procedure concorsuali, ad

utilizzare professioni diverse per funzioni diverse, scegliendo i professionisti in base alla loro specificità culturale, organizzativa e funzionale⁽⁴⁷⁾.

Già in altra sede⁽⁴⁸⁾ si è evidenziato come il nuovo rito fallimentare recepisca in modo quasi integrale le norme del riformato rito espropriativo individuale; si è ricordato, in tale sede, che il legislatore fallimentare del 2007 al pari del legislatore che riformò il codice di procedura civile del 1998, quando introdusse la delega ai notai delle operazioni di vendita immobiliare, ha accolto, in modo evidente, l'idea che le singole attività legate all'attività liquidativa del curatore possano essere affidate ad "*altri professionisti*"⁽⁴⁹⁾.

È opportuno ricordare che, sempre in tale sede, si era sottolineato che Durante il lungo percorso di analisi delle cd. procedure competitive si è evidenziato chiaramente che il legislatore, secondo alcuni autori⁽⁵⁰⁾, non ha voluto richiamare il codice di rito per sopperire alle regole generali e di dettaglio della procedura fallimentare; si è anche cercato di evidenziare che molto spesso le stesse norme della riformata fase liquidativa sono strutturate sugli stessi supporti linguistici e concettuali delle norme delle procedure esecutive individuali (Es. art. 108 in collegamento con l'art. 586 c.p.c, art 107 terzo comma ed art 572 c.p.c, art. 107 ed art. 490 c.p.c). Questo ci porta a pensare che il legislatore del dlgs. 5/2006 abbia fatto qualcosa di diverso dal rifiutare, non richiamandolo, il codice di procedura civile ma lo abbia addirittura incardinato nella riforma riportando al suo interno i concetti stessi di alcune norme delle procedure individuali, che erano il supporto normativo della precedente legge fallimentare.

Come già altri autori hanno rimarcato, il legislatore del 2006 e successivamente quello del 2007 ha addirittura recepito all'interno della nuova fase di liquidazione dell'attivo quelle che erano le caratteristiche fondanti delle "*best practice*" in materia di espropriazioni individuali. Conferma a quanto appena detto si trova, inoltre, nel terzo comma dell'art. 104-*ter* della nuova legge fallimentare; tale norma dispone che "il curatore può essere autorizzato dal giudice delegato ad affidare ad altri professionisti alcune incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo". Questa norma a nostro avviso ricalca in modo fedele l'esigenza del legislatore di approntare anche in materia fallimentare "l'*outsourcing*" avutosi nelle esecuzioni individuali attraverso la delega delle operazioni di vendita ai professionisti delegati *ex art. 591-bis* c.p.c. E' chiaro l'intento della riforma di utilizzare al meglio tutte le singole professionalità per avere un sistema competitivo di liquidazione dell'attivo ed è chiaro l'utilizzo, attraverso il terzo comma dell'art. 104-*ter* l.f., della delega frazionata di competenze liquidative, conquista irrinunciabile prima delle "*Best practice*" e poi dell'intera esperienza giudiziaria.

Sorge a questo punto il dubbio se i professionisti citati dall'art. 104-ter siano esattamente corrispondenti a quelli citati dall'art. 591-bis c.p.c.. Quello che ci sentiamo di affermare è che questi ultimi sicuramente ne sono ricompresi e che difficilmente si riescono ad immaginare altri professionisti che possano avere competenze attinenti alla fase di liquidazione e che siano diversi da quelli indicati nell'art. 591-bis c.p.c. e che non rientrino, inoltre, nei concetti di "operatori esperti" con riferimento alla perizia di stima o di "soggetti specializzati" con riferimento alle procedure competitive necessarie per monetizzare il patrimonio del fallito⁽⁵¹⁾.

Questo stretto collegamento tra art. 104-ter l.f. e 591-bis c.p.c. confermerebbe l'idea suenunciata secondo la quale il legislatore della riforma non ha rinunciato al codice di procedura civile, non richiamandolo, ma lo ha "cannibalizzato", lo ha, cioè, direttamente inserito nelle norme riformate facendo della riforma delle esecuzioni individuali, avutasi con la legge n. 80/05, una sorta di prima tappa nella disciplina della fase liquidativa⁽⁵²⁾ della procedura fallimentare.

Tutto quanto su enunciato serve a richiamare l'idea, mai sufficientemente sottolineata, che quando il legislatore del riformato codice fallimentare parla, nell'art. 104-ter III co, di professionisti, questi non possono non essere anche i notai e che è dunque chiaro che anche nelle vendite fallimentari si è introdotta l'idea di un trasferimento di competenze spettanti originariamente al curatore, a soggetti diversi, perché maggiormente specializzati.

Ci si è chiesti e ci si chiede come possa essere qualificato il ruolo del notaio delegato alla vendita di un bene fallimentare ai sensi dell'art. 104-ter III comma.

Le opinioni della dottrina sono variegatae, secondo alcuni autori⁽⁵³⁾ il professionista "notaio a cui è affidata, ad esempio, la vendita del compendio immobiliare del fallimento, ai sensi del 104-ter 3° comma non sarebbe più un delegato del giudice ma un delegato del curatore, i cui atti sono sottoposti ad analitica verifica da parte del giudice delegato e sono opponibili, secondo una parte della dottrina⁽⁵⁴⁾, con gli stessi strumenti con i quali ci si oppone agli atti del curatore, del quale, il professionista delegato ex art. 104-ter, è portatore di un vero e proprio, potere di rappresentanza nel compimento dei singoli atti delegati⁽⁵⁵⁾.

Altri autori⁽⁵⁶⁾, altresì, ritengono che il notaio delegato rimanga comunque un ausiliario del giudice delegato in quanto il potere autorizzativo che legittima la nomina da parte del curatore e a cui è sottoposto l'atto di nomina stesso deriva geneticamente dal giudice delegato, il quale è il solo ed unico portatore del potere di indirizzo e controllo endoprocedurale, potere appunto capace di poter decidere, con una valutazione di merito, che la procedura necessiti di un professionista, per ottimizzare il proprio risultato alienativo. Tale posizione dottrinale pare corroborata dallo stesso testo normativo nella parte in cui si sottolinea a chiare lettere che il

curatore *“può essere autorizzato dal giudice delegato ad affidare ad altri professionisti alcune incombenze della procedura di liquidazione”*. Il testo del III comma sembrerebbe distinguere la figura del professionista a cui affidare specifiche attività liquidative dal mero coadiutore del curatore che non ha competenze specifiche e che ha il solo compito di ausiliare il curatore in tutta la sua attività ma senza personali responsabilità specificamente legate alle attività svolte.

Sembra concorde, invece, la dottrina nel considerare il professionista (notaio) nominato ai sensi dell'art. 104-ter III comma l.f. quale mero ausiliario e non quale sostituto del giudice⁽⁵⁷⁾.

In questa sede non possiamo non ricordare che il d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169 ha nuovamente modificato quello che era il già riformato art. 107; la norma appena citata è una norma chiave nel nuovo impianto del codice fallimentare in quanto è la norma che ha introdotto il concetto di vendita competitiva, affidata prevalentemente al curatore secondo le regole fissate dai principi di ottimizzazione economica della liquidazione coattiva. Il decreto suindicato ha risposto, con l'introduzione del II comma dell'art. 107, ad un'esigenza molto sentita dagli operatori del settore, in materia di liquidazione coattiva, il richiamo anche se generico a regole prestabilite di vendita endoprocessuale attraverso l'organo giudiziario. Gli operatori si erano sentiti orfani, nell'immediatezza della prima novella della legge fallimentare, dello strumento principe di liquidazione fallimentare ossia il ricorso alle vendite disciplinate dal codice di procedura civile.

Il II comma dell'art. 107 l.f. testualmente sottolinea che: *“ Il curatore può prevedere nel programma di liquidazione che le vendite dei beni mobili, immobili e mobili registrati vengano effettuate dal giudice delegato secondo le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili”*. Questa norma, si è ricordato in altra sede⁽⁵⁸⁾, *“reintroduce nella legge fallimentare la figura del giudice quale terminale ultimo della fase di liquidazione con espresso riferimento a quanto già previsto, ad esempio, nelle esecuzioni immobiliari individuali. Il richiamo alla compatibilità delle norme del codice di rito, così come già accadeva nel vecchio testo dell' art. 105 l.f. reintroduce, nella nuova legge fallimentare, questa volta in modo anche espresso, l'applicabilità delle regole stabilite dal codice di rito; in sostanza se il giudice può essere richiesto come soggetto che monetizza i diritti del fallito secondo le regole del codice di procedura civile vuol dire che il giudice delegato può, sempre utilizzando le norme del codice di rito, nominare a sua volta un proprio delegato alla vendita utilizzando, ad esempio, l'art. 591-bis c.p.c. che come sappiamo è norma di dettaglio in materia di delega per quanto attiene le esecuzioni immobiliari (individuali)”*.

È chiaro che se il giudice delegato può essere nuovamente richiesto quale liquidatore dei beni del fallito attraverso le regole del codice di rito egli può utilizzare tutte le norme che

attengono alla vendita dei beni mobili, immobili e mobili registrati previste dal codice di procedura civile in quanto compatibili; è altrettanto chiaro che il giudice delegato possa far uso, senza cadere in forme di incompatibilità funzionale, anche delle norme che regolano, all'interno del codice di procedura civile, la delega delle operazioni di vendita ai "professionisti", si badi bene sicuramente quegli stessi professionisti, a cui si è fatto cenno in precedenza e che non possono non ricomprendere i notai.

Posti questi pochi ma chiari assunti oggi è possibile affermare con una certa prudenza che il giudice richiesto dal curatore quale organo liquidativo con le forme e le modalità del codice di procedura civile possa, utilizzando lo strumento dell'art. 591-*bis* c.p.c., delegare, a sua volta, ad un notaio le operazioni di vendita all'interno della procedura fallimentare e che tale delega configuri, almeno secondo una parte della dottrina ⁽⁵⁹⁾, una vera e propria sostituzione processuale, facendo, quindi, del notaio delegato un sostituto del giudice e non semplice ausiliario.

Appare chiaro, quindi, che l'utilizzo dell'art. 107 II comma per l'affidamento delle attività liquidate al giudice e lo strumento dell'art. 591-*bis* c.p.c. per attivare la delega al "professionista" (notaio) determini in capo a quest'ultimo una posizione di maggiore responsabilità ma sicuramente, anche, di maggior autonomia decisionale che contraddistingue, fondamentale, la figura del sostituto del giudice rispetto alla figura di normale ausiliario; tale percorso logico processuale è sicuramente da preferirsi rispetto all'abituale utilizzo dell'art. 104-*ter* III comma che configura il professionista (notaio) quale mero ausiliario, secondo alcuni autori del curatore, secondo altri dello stesso giudice ⁽⁶⁰⁾, perché incardina il notaio nella fase liquidativa del fallimento con tutte quelle prerogative di progettualità, terzietà, efficienza ed organizzazione che ne hanno caratterizzato il successo, come delegato alle vendite immobiliari, a 12 anni dalla legge n. 302 del 1998.

Ripercorrendo, anche se brevemente quanto già ricordato nel par. 2 di questo scritto non possiamo non ricordare che ormai da tempo la dottrina e la giurisprudenza hanno escluso che le procedure individuali non possano avere ad oggetto i trasferimenti d'azienda in quanto non disciplinati dal codice di procedura civile ⁽⁶¹⁾; nella stessa sede si era ricordato che prima della novella del 2007 la dottrina e la giurisprudenza in materia fallimentare avevano giustificato la vendita unitaria dei complessi aziendali o dei rami d'azienda in quanto caratterizzati da alcuni elementi non contestabili:

- a. Uno stesso giudice con capacità di direzione unitaria del procedimento liquidativo;

- b. Il fondamentale strumento di gestione e conservazione funzionale del complesso aziendale che è l'esercizio provvisorio;
- c. Una distinta ed analitica disciplina delle modalità alienative che per le masse mobiliari, componenti l'azienda, potevano individuarsi nell'art. 106 mentre per gli immobili di origine aziendale la norma di riferimento è certamente individuata nell'art. 108 l.f.

Oggi tutte le problematiche di origine dottrinale relative all'ammissibilità o meno di una vendita d'azienda in base alla legge fallimentare del 1942 sono superate proprio dalla espressa previsione, contenuta nella novella del 2007, del trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 105 l.f.

Tale norma disciplinando, esplicitamente, la liquidazione del complesso aziendale all'interno della liquidazione dell'attivo ha posto fine a circa 50 anni di polemica giurisprudenziale e dottrinale sull'ammissibilità di una tale vendita all'interno della procedura fallimentare.

L'aver accertato l'ammissibilità della vendita del complesso aziendale nella procedura fallimentare non esaurisce i dubbi dell'interprete, infatti, ci si chiede, ancora, se alla luce del d.lgs. 169\07 sia possibile delegare la vendita di un complesso aziendale ad un soggetto diverso dal giudice delegato.

Si è già evidenziato che ciò sia possibile attraverso l'art. 104-ter III comma, ci si chiede ancora se sia possibile che il giudice delegato ai sensi dell'art. 107 II comma possa delegare ad un notaio la vendita di un complesso aziendale attraverso l'art. 591-bis c.p.c o debba utilizzare altra norma del codice di procedura civile compatibile con la liquidazione dell'attivo fallimentare.

Presupposto della domanda è che l'art. 591-bis c.p.c. è norma di riferimento per la delega delle operazioni di vendita nelle esecuzioni immobiliari individuali all'interno di un codice di rito, che come si è prima sottolineato non prevede la vendita dei complessi aziendali. Come si può utilizzare tale norma per legittimare la delega delle operazioni di vendita di un'azienda all'interno di una procedura fallimentare quando il codice da cui essa è espunta non prevede affatto la vendita dei complessi aziendali?

Ad avviso di chi scrive l'art. 591-bis c.p.c. non è più, alla luce della normativa vigente, una semplice norma di dettaglio che in base alla legge n. 302\98 disciplinava, analiticamente, le attività delegabili ad un notaio prima e ad un avvocato e ad un commercialista dopo, in materia di esecuzioni individuali, oggi, a nostro avviso, tale norma rappresenta **un modello delle attività delegabili** ai soggetti previsti dalla norma stessa, ma forse più genericamente dallo stesso ordinamento.

L'art. 591-bis rappresenta, probabilmente, il quadro generale all'interno del quale, l'organo giudiziario che intende procedere ad una delega delle proprie prerogative in materia di monetizzazione di diritti economicamente rilevanti, deve operare; la norma in esame, sotto questo punto di vista,

assume, quindi, il ruolo di **norma quadro**, dalla quale espungere tutti i riferimenti di dettaglio necessari al caso specifico o al tipo di delega che si intende porre in essere, a prescindere dai beni oggetto di liquidazione e con il solo limite della compatibilità con il nostro ordinamento processuale.

Se si accetta l'idea che l'art. 591-*bis* c.p.c. è norma modello o norma quadro, che fuoriesce dal suo ristretto ambito di operatività, ma può essere utilizzata per qualunque tipo di delega delle prerogative liquidative di un organo giudiziario, allora tale norma può essere la sponda normativa per la delega delle operazioni di vendita di un complesso aziendale all'interno della procedura fallimentare; se, al contrario, non si dovesse accettare tale ipotesi non vi è dubbio che il giudice delegato a cui sia stato richiesto di procedere alla vendita di un complesso aziendale ai sensi dell'art. 107 II comma l.f. possa delegare un notaio ai sensi dell'art. 68 c.p.c. quale norma generale in materia di ausiliari del giudice.

La norma in esame ricorda espressamente che:

“Nei casi previsti dalla legge o quando ne sorga necessità, il giudice, il cancelliere o l'ufficiale giudiziario si può fare assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea al compimento di atti che non è in grado di compiere da se solo.

Il giudice può commettere ad un notaio il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge.”

Appare chiaro dalla lettura della norma che qualsiasi organo giudiziario, oltre che ogni cancelliere o ufficiale giudiziario, che non sia in grado di svolgere una determinata attività per deficit culturale, funzionale o organizzativo può chiedere a soggetti specializzati di essere ausiliato senza limiti di materia o di valore. La Cassazione a sezioni unite⁽⁶²⁾ ha definitivamente precisato la nozione di ausiliario del giudice nel senso del privato esperto in una determinata arte o professione ed in generale idoneo al compimento di atti che il giudice non può compiere da solo e che, tale ausiliario, è temporaneamente incaricato di una pubblica funzione.

Appare, altresì, chiaro che scegliere l'art. 68 c.p.c. anziché dell'art. 591-*bis* quale norma per la delega del compimento di determinate attività comporterebbe, innanzitutto, la assenza di una disciplina di dettaglio delle attività delegabili nonché di un percorso organizzativo e funzionale delle attività da svolgere, ma soprattutto trasformerebbe il professionista delegato in un ausiliario del giudice e non in un sostituto dell'organo giudiziario come una parte della dottrina⁽⁶³⁾ sostiene che avvenga in caso di delega *ex art. 591-*bis* c.p.c.*, con tutti i limiti di autonomia decisionali e gestionali che ciò determinerebbe e che la dottrina ha spesso sottolineato⁽⁶⁴⁾.

Conclusioni

Appare chiaro che il legislatore abbia con la riforma, a differenza di quanto era accaduto con la legge fallimentare del 1942, posto al centro del suo interesse l'azienda, nell'intento di spostare il punto focale dell'intervento giudiziario non sull'insolvenza ma sull'antecedente stato di crisi dell'impresa. L'azienda e la sua cessione, con modalità e tempi da terzo millennio, sono essenziali, in un moderno diritto concorsuale, in quanto elemento di controllo e gestione di punti critici dell'economia moderna; non riuscire a salvare un'azienda, pur anche in stato di fallimento, significa doversi confrontare con lavoratori e maestranze in stato di mobilità oltre che con creditori frustrati nei loro investimenti o nelle loro attività imprenditoriali.

Un moderno diritto fallimentare non può non considerare che la regolamentazione dello stato di crisi non deve più essere uno strumento coercitivo e punitivo ma uno strumento di gestione vigilata della crisi stessa e possibilmente un'occasione di rivalutazione aziendale, trovando nella legalità gli elementi di forza di un nuovo principio.

Una riforma, purtroppo, non è fatta di sole norme, ma di adeguate applicazioni e di coerenti interpretazioni; a quasi cinque anni dall'inizio del cambiamento, avutosi già con la riforma delle esecuzioni individuali, non ci sono ancora elementi per gratificarsi delle innovazioni; le cessioni aziendali restano comunque e sempre una componente residuale della fase liquidativa del fallimento, che resta schiacciato sulla vendita atomistica dei beni mobili ed immobili, lasciando alla liquidazione delle aziende spazi ristretti e legati o alla particolare sensibilità dell'organo giudiziario o al particolare interesse economico dell'azienda insolvente, lasciando fuori da questo ambito tutta quella miriade di piccole e medie imprese che sono arrivate al fallimento depauperate di ogni loro capacità competitiva o valore intrinseco.

Piervincenzo D'Adamo

-
- 1) Estremamente approfondita è la disamina di tale tematica in: L. PANZANI, *La nuova trattazione del fallimento e la disciplina transitoria*, in *Fallimento*, 2006, 1219; si veda anche: *“La riforma organica delle procedure concorsuali”* a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, 2008, pag. 819.
 - 2) Si veda: F. GUERRERA, *I trasferimenti di azienda*, Milano, 2000, 615; G. BOZZA, *La vendita d'azienda nel fallimento*, in *Il fallimento*, 1987, 283; G.C. RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973.
 - 3) Si veda, in tal senso, U. DE CRESCIENZO, *Il sequestro penale e civile*, Torino, 1997, 143 ss.
 - 4) Si veda A. GALLONE e A. GAVINALE, *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare*, Ipsoa, 2008. Gli autori ribadiscono a tale tesi: *“ La tesi non convince anche perché il fallimento è un fenomeno giuridico ben più complesso di un pignoramento generale, tanto che il curatore, proprio per mantenere l'azienda (nella sua unitarietà) si può trovare nella necessità di subentrare nei contratti pendenti (atto che non è possibile nel caso di esecuzione individuale) o addirittura gestire l'impresa in esercizio provvisorio”*. Gli stessi autori ribadiscono: *“ a ben osservare, sul piano operativo l'espropriazione forzata dell'azienda, per potersi concretamente attuare, esige, infatti, in primo luogo, la direzione di un unico giudice su un processo esecutivo che investa, cumulativamente, beni e diritti eterogenei, esigenza incompatibile con le norme che disciplinano il*

processo esecutivo individuale e, in particolare, con le norme del codice di procedura civile in materia di competenza per materia, per valore e per territorio”.

Lo stesso art. 556 c.p.c. norma che disciplina la cd. Esecuzione congiunta, vale adire di immobili e mobili insieme, a parere degli autori, non ausilia la tesi dell'espropriazione dell'azienda; Cass. 29 settembre 1993 n. 9760, in Foro It. 1994, I, 1840 ha evidenziato a chiare lettere che l'esecuzione congiunta di beni immobili e beni mobili (nel caso concreto la Suprema Corte si occupava dell'alienazione di un complesso alberghiero) ha il solo scopo di far ottenere alla vendita dei beni mobili, venduti insieme all'immobile che li contiene, un valore superiore a quello ricavabile dalla vendita separata.

- 5) G. BOZZA, *La vendita d'azienda nel fallimento*, in *Il fallimento*, 1987, 283; G.C. RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973
- 6) Si veda: S. BONFATTI e L. PANZANI, op. cit.; R. FONTANA, *Il programma di liquidazione*, in *Le nuove nuove procedure concorsuali*, Bologna 2008; A. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova 2008; M. FERRO, *La legge fallimentare*, Padova, 2007; B. QUATRARO – C. ESPOSITO, sub art. 14-ter, in *Il nuovo diritto Fallimentare*, Bologna 2007; G. SCHIANO DI PEPE, *Il diritto fallimentare Riformato*, Padova 2007; L. Guglielmucci, *Diritto Fallimentare*, Torino, 2007.
- 7) Si veda: MASSIMO FABIANI, *Il decreto correttivo della riforma*, in *Foro Italiano*, V, 2007, 225. Si veda anche M. MONTANARI, *“La nuova disciplina del giudizio di apertura del fallimento: questioni aperte in tema di istruzione e giudizio di fatto”*, in *il Fallimento*, 2007, 568; CARRATTA, *“profili processuali della riforma della legge fallimentare”*, in *Diritto fallimentare*, 2007, I, 13.
- 8) Si veda: MASSIMO FABIANI, *Il decreto correttivo della riforma*, in *Foro Italiano*, V, 2007, 225
- 9) Si veda: ESPOSITO, *“Il programma di liquidazione”* in *La liquidazione dell'attivo fallimentare*, Milano, 2006, 297; Id, sub art. 104-ter, in *“Il nuovo diritto fallimentare”* 2007, 1673; D'ATTORE-SANDULLI, sub art. 104-ter, in *“La riforma della legge fallimentare”*, Torino, 2006, 619.
- 10) CIRO ESPOSITO, *“Il programma di liquidazione nel decreto correttivo”*, in *“Il Fallimento”*, 9/2007, 1078 ss.; si veda anche D'ACQUINO, sub art. 104-ter, in *La legge fallimentare*, Padova, 2007, 773; QUATRARO, sub art. 104-ter, in *“Il nuovo diritto fallimentare”*, 2007, 1661; LO CASCIO, *I principi della legge delega della riforma fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2005, 985.
- 11) Si veda: CIRO ESPOSITO, *“Il programma di liquidazione nel decreto correttivo”*, in *“Il Fallimento”*, 9/2007, 1078 ss; PANZANI, *La tutela dei diritti nella liquidazione fallimentare*, in *la Tutela dei diritti nella legge fallimentare*, 2006, 179.
- 12) La Licitazione privata, in quanto istituto di diritto amministrativo, consiste in una gara non aperta a chiunque vi abbia interesse e possenga i requisiti, ma soltanto a coloro che siano stati invitati dalla P.A., o nel caso delle procedure concorsuali, dal curatore, in base ad una valutazione seria ed imparziale, a partecipare. È consentito ricorrere alla licitazione privata in alternativa al pubblico incanto, a giudizio discrezionale della Pubblica amministrazione.
La licitazione privata può aver luogo adottando soprattutto il metodo delle offerte segrete.
La giurisprudenza ha chiarito che la P.A. deve motivare il mancato invito di un'impresa alla licitazione solo quando questa abbia formulato richiesta di partecipazione alla gara (C.D.S., sez V, 28/01/1998 n.101).
Al contrario con il sistema della trattativa privata la Pubblica Amministrazione dopo aver interpellato (separatamente e riservatamente) più ditte o persone ed aver raccolto le diverse offerte, sceglie quella ritenuta più vantaggiosa ed affida alla ditta prescelta i lavori o le forniture o comunque l'oggetto del contratto passivo o attivo senza della trattativa, previa stipulazione di un contratto. La trattativa privata non è dunque una vera e propria gara e lascia all'amministrazione piena discrezionalità nel preferire l'uno all'altro contraente, sia in relazione al prezzo offerto sia in relazione alle altre condizioni (quali la qualità dell'oggetto, i termini di consegna ecc. ecc.). Per maggiore analisi e approfondimenti degli istituti di diritto amministrativo applicabili alle procedure concorsuali si veda F. CARINGELLA, *Il Diritto Amministrativo*, tomo I, ed. Simone, 2005, pag. 842.
- 13) Si veda LICCARDO-FEDERICO, *op cit.*
- 14) La vendita in esame si distingue notevolmente dalla trattativa privata, per l'esistenza preponderante di una gara, ma ancor meglio per una serie incrementale di offerte, che come abbiamo già detto in precedenza è presupposto ineludibile di una procedura competitiva.

- 15)** La vendita con o senza incanto quale esempio di una vendita a procedura competitiva rigida è calzante in quanto portatrice di alcuni elementi essenziali come il termine prefissato per il versamento del prezzo, la misura minima delle cauzioni, il prezzo base d'asta, la forma scritta per la conferma alla partecipazione ecc.
- 16)** Si veda, con particolare attenzione, la posizione di SANDULLI che in alcune osservazioni consultabili sul sito www.ludicium.it, dal titolo "Esecuzioni" fallimentari e terzi, distingue tra vendita forzata e vendita effettuata da organo pubblico, escludendo la natura di esecuzione forzata alla liquidazione dell'attivo.
- 17)** Per tutti si veda C. FERRI, *La Liquidazione dell'attivo fallimentare*, in Rivista di diritto Processuale, N. 3, 2006, nonché G. SCHIANO Di PEPE, *Diritto Fallimentare Riformato*, Cedam, 2006, BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto Fallimentare*, Cedam, 2006.
- 18)** Si veda per tutti: FABIO IOZZO, in *Le nuove procedure concorsuali*, La liquidazione dell'attivo, Zanichelli, 2008, pag. 279.
- 19)** Si veda. FABIO IOZZO, op. cit.
- 20)** A tale riguardo si veda: PALUCHOWSKI, *L'applicazione delle norme sulle espropriazioni individuali alla vendite fallimentari*, in AA.VV, *Espropriazioni individuali e fallimento*, atti del convegno S.I.S.CO, del 6 novembre 1999, Milano, 2001. Si veda anche FERRO, *Problemi e casi nelle vendite mobiliari ed immobiliari*, in Dir. Fall., 1999; C. FERRI, *La Liquidazione dell'attivo fallimentare*, in Rivista di diritto Processuale, N. 3, 2006
- 21)** Riassumendo con chiarezza tutti i tratti essenziali dei procedimenti di monetizzazione nascenti dalla richiamata riforma della procedura fallimentare, a cui abbiamo appena fatto cenno, si può arrivare ad individuare i caratteri tipo delle cd. Procedure competitive; queste, ad una prima lettura della norma sembrano essere caratterizzate da:
- 1) un sistema incrementale di offerte, che ponga in competizione tutti gli offerenti; sistema finalizzato al raggiungimento del prezzo più alto possibile nel minor tempo possibile;
 - 2) un funzionamento procedimentale altamente trasparente in cui tutte le parti della procedura concorsuale siano sempre a conoscenza dei passaggi e dei risultati. Ciò è garantito, anche, da un adeguato sistema di pubblicità, che ha garantito e garantisce, anche nelle procedure individuali, da ogni rischio di discrezionalità degli organi della procedura stessa.
 - 3) da meccanismi alienativi volti al risparmio processuale, quindi gare altamente informali, modalità di partecipazione facilitate, strumenti di versamento del prezzo altamente efficienti, strumenti di sganciamento dalla vendita altamente velocizzati e non burocraticizzati.
- 22)** Si veda SALETTI, *Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari*, in Rivista di diritto processuale, 2003.
- 23)** La dottrina, A GALLONE e M. RAVINALE, in *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare* op. cit, ricorda che il valore di un'azienda è funzione della misura attesa dei redditi che essa è in grado di generare e della loro attualizzazione in base a tassi espressivi del rischio e dell'incertezza. Già negli anni '20 la dottrina aziendalistica aveva individuato nel reddito atteso la variabile in funzione della quale determinare il valore di un'azienda; solo dai primi anni '70 i cd. "metodi patrimoniali" non vengono più considerati come una soluzione razionale del problema della valutazione di un'azienda che non sia immobiliare. Oggi è costantemente condivisa la convinzione che la valutazione dell'azienda debba essere condotta attraverso l'utilizzo di metodi reddituali di valutazione; vengono anche tenuti in considerazione i metodi misti di valutazione patrimoniale- reddituale, condizione che si propongano di attribuire, secondo regole appropriate, adeguati valori ai beni immateriali, i cd *intangibles*.
- 24)** Si veda: G. ALESSI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000,138: L. GUALTRI, *Trattato sulla valutazione delle aziende*, 1998, 120; A NIGRO – M. SANDULLI, *La riforma della legge Fallimentare*, sub art. 105.
- 25)** Si veda in tal senso G. BONFANTE – G. COTTINO, *L'imprenditore*, in trattato di diritto commerciale, Padova, 2001, 631.
- 26)** Cass. 26 settembre 2007 n. 20191.
- 27)** Si veda F. FIMMANÒ, *La liquidazione dell'attivo fallimentare nel correttivo della riforma*, op. cit.
- 28)** Si veda: G. BOZZA, *La Vendita dell'azienda nel fallimento*, op. cit.
- 29)** Si veda: R. FONTANA, *sub art. 105*, in *La legge Fallimentare*, Commentario teorico-pratico, a cura di M. Ferro, Padova, 2007,797.

- 30)** Art. 2112 I co.: *In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano. Il co.: Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. Con le procedure di cui agli artt. 410 e 411 del codice di procedura civile il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.*
- 31)** Secondo parte della dottrina, A. CORRADO – D. CORRADO, *I Rapporti di lavoro nel fallimento*, Torino, 2007, il requisito dimensionale (più di quindici dipendenti) non è decisivo ai fini della legittimità dell'esperienza della procedura sindacale. Si veda anche M. GUERNELLI, *La cessione d'azienda nel Fallimento*, in *Dir. Fall.* 1997, I, 1193.
- 32)** Si veda F. FIMMANÒ, *La liquidazione dell'attivo fallimentare nel correttivo alla riforma*, cit; A CAIAFA, *La Legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008, 593; M.. FABIANI – G.B. NARDECCHIA, *Formulario commentato alla legge fallimentare*, op. cit; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, op. cit; contra R. FONTANA, op. cit.
- 33)** Si veda A CAIAFA – R. COSIO, *Diritto Europeo: crisi d'impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, ove è espresso a chiare lettere che le organizzazioni sindacali *“seppur investite, difatti, di poteri di rappresentanza in tema di interessi collettivi e, nell'ambito di questi, di una funzione di assistenza dei singoli associati, non possono, tuttavia, disporre dei diritti individuali dei propri iscritti e naturalmente, l'accordo non potrà, in ogni caso, certamente vincolare i soggetti non aderenti”*.
- 34)** Si veda F.P. LUISO, *I processi speciali*, in *Diritto processuale civile*, Milano, 1997.
- 35)** F. FIMMANÒ, *la liquidazione dell'attivo fallimentare nel correttivo della riforma*, cit.
- 36)** Si veda A. GALLONE e A. GAVINALE, *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare*, Ipsoa, 2008.
- 37)** Si veda: R. FONTANA, in *la Legge Fallimentare*, op. cit;
- 38)** Si veda: G. BOZZA, *La vendita dell'azienda nel fallimento*, op. cit;
- 39)** L'ottavo comma dell'art. 105 dispone che *il curatore può procedere alla liquidazione anche mediante il conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione, dell'azienda o di rami della stessa, ovvero di beni o crediti, con i relativi rapporti contrattuali in corso, esclusa la responsabilità dell'alienante ai sensi dell'art. 2560 c.c. ed osservate le disposizioni inderogabili contenute nella presente sezione. Sono Salve le diverse disposizioni previste in leggi speciali.*
- 40)** Si veda per maggior dettaglio il paragrafo 5.
- 41)** Si veda: PIERVINCENZO D'ADAMO, *“Le procedure competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo”*, in *Studi e Materiali CNN*, 2008, Giuffrè.
- 42)** Per una disamina più diffusa ed analitica dei ruoli del notaio nelle procedura concorsuali si veda: PIERVINCENZO D'ADAMO, *“I diversi ruoli del notaio nella fase di liquidazione della nuova procedura fallimentare”*, pubbl. in *CNN notizie* il 18/05/2011;
- 43)** Si veda: P. D'ADAMO, *“Le procedure competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo”*, op. cit;
- 44)** In P. D'ADAMO *“Le procedure competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo”* op. cit. si ricordava che, *“possiamo affermare, con una certa tranquillità, che il notaio chiamato a redigere l'atto di compravendita a seguito di aggiudicazione tramite vendite competitive è notaio delle parti senza alcun ruolo endoprocedurale. Il notaio rogante sarà tenuto, oltre alle consuete attività connesse ad un trasferimento, soltanto a rilevare la particolarità della disciplina applicabile alla compravendita, nascente dalla sua natura coattiva e l'esistenza di eventuali gravami esistenti sul bene che verranno cancellati con un decreto di purgazione a firma del giudice delegato al fallimento. La qualificazione del notaio rogante come notaio della parte richiedente deriva direttamente da quella scelta legislativa volta alla cd. Privatizzazione della procedura fallimentare. La liquidazione dell'attivo, secondo questa non sempre condivisibile nuova visione delle procedure concorsuali, è attività del curatore e dei creditori, la alienazione dei beni è effettuata, salvo ipotesi di delega, dal curatore da solo senza l'autorità giudiziaria, quindi l'atto di trasferimento è atto di parte e non provvedimento giudiziario e di conseguenza il notaio che stipula l'atto di parte è il notaio delle parti e non della procedura fallimentare”*.

- 45) Si veda: P. D'ADAMO, *“Le procedure competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo”*, op. cit, si veda altresì C. FERRI, *La Liquidazione dell'attivo fallimentare*, in Rivista di diritto Processuale, N. 3, 2006, nonché G. SCHIANO DI PEPE, *Diritto Fallimentare Riformato*, Cedam, 2006, BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto Fallimentare*, Cedam, 2006; FABIO IOZZO, in Le nuove procedure concorsuali, *La liquidazione dell'attivo*, Zanichelli, 2008, pag. 279; LICCARDO-FEDERICO, in Il nuovo diritto Fallimentare, Tomo II, pag. 1781 e ss., Zanichelli editore, 2007, con riferimento all'art. 107 legge fallimentare.
- 46) Ad esempio, la registrazione, la trascrizione e la voltura catastale in caso di immobili, la registrazione al PRA in caso di beni mobili soggetti a registrazione, la registrazione al registro delle imprese in caso di trasferimenti aziendali, oltre a provvedere alla cancellazione di tutti i gravami esistenti sui beni sulla base di un preciso ordine del giudice delegato ex art. 108 l.f..
- 47) Esempi, ormai conosciuti, in campo espropriativo individuale sono quelli del Tribunale di Bologna, di Reggio Emilia, di Milano, di Salerno in primis e poi a seguire gran parte dei Tribunali d'Italia; al contrario le esperienze di “delega” notarile in campo concorsuale sono ancora molto limitati, nel Tribunale di Bologna le funzioni del notaio sono sempre più vicine a quelle di un vero e proprio liquidatore, in altri tribunali come di quello di Salerno il notaio è visto più semplicemente come un esperto alienazioni a cui affidare la redazione degli atti a conclusione del procedimento per la selezione dell'aggiudicatario; si veda a tale riguardo: LICCARDO-FEDERICO, in Il nuovo diritto Fallimentare, Tomo II, pag. 1781 e ss., Zanichelli editore, 2007, con riferimento all'art. 107 legge fallimentare; COSTANTINO, *Beni immobili e beni mobili. La Disciplina dei Beni*, in Trattato Rescigno, VII, Torino, 1985; nonché SCOZZAFAVA, *I Beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982; CIRO ESPOSITO, *“Il programma di liquidazione nel decreto correttivo”*, in “Il Fallimento”, 9/2007, 1078 ss; PANZANI, *La tutela dei diritti nella liquidazione fallimentare*, in la Tutela dei diritti nella legge fallimentare, 2006, 179; PALUCHOWSKI, *L'applicazione delle norme sulle espropriazioni individuali alla vendite fallimentari*, in AA.VV, Espropriazioni individuali e fallimento, atti del convegno S.I.S.CO, del 6 novembre 1999, Milano, 2001. Si veda anche FERRO, *Problemi e casi nelle vendite mobiliari ed immobiliari*, in Dir. Fall., 1999.
- 48) Si veda: P. D'ADAMO, *“Le procedure competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo”*, op. cit;
- 49) Testualmente l'art. 104-ter III comma l.f. ricorda che: *Il curatore può essere autorizzato dal giudice delegato ad affidare ad altri professionisti alcune incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo.*
- 50) C. FERRI, *La Liquidazione dell'attivo fallimentare*, in Rivista di diritto Processuale, N. 3, 2006.
- 51) A tale riguardo si veda: PALUCHOWSKI, *L'applicazione delle norme sulle espropriazioni individuali alla vendite fallimentari*, in AA.VV, Espropriazioni individuali e fallimento, atti del convegno S.I.S.CO, del 6 novembre 1999, Milano, 2001. Si veda anche FERRO, *Problemi e casi nelle vendite mobiliari ed immobiliari*, in Dir. Fall., 1999.
- 52) Si veda CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, pag 431e ss. ; tale autore ritiene che in assenza di diretto richiamo si applichino comunque le disposizioni del codice di procedura civile in materia di alienazione coattiva e molte altre norme al quale il curatore può far riferimento; il curatore sostituirebbe quindi il giudice (delegato o dell'esecuzione) nell'esercizio di poteri di direzione del procedimento.
- 53) Si veda nota a Cass. 11 maggio 2007 n. 10925, di CARLO TRENTINI, *Controllo sugli atti del professionista delegato alla vendita del fallimento*, in “Il Fallimento”, 10/2007, 1163 ss.; si veda anche ANGELO CASTAGNOLA, *Fallimenti: con i ritocchi del correttivo un argine al crollo delle dichiarazioni*, in Guida al diritto, Il Sole 24 ore, n. 41 pag 10 e ss. Non sincronico ma attento alla problematica anche MASSIMO FABIANI, in Foro Italiano, 2007, V, 225 e ss
- 54) Si veda nota a Cass. 11 maggio 2007 n. 10925, di Carlo Trentini, *Controllo sugli atti del professionista delegato alla vendita del fallimento*, in “Il Fallimento”, 10/2007, 1163 ss.;
- 55) Si rinvia per la disamina di tale specifica problematica a: P. D'ADAMO, *“I diversi ruoli del notaio nella fase di liquidazione della nuova procedura fallimentare”*, pubbl. in CNN notizie il 18/05/2011;
- 56) Si veda: P. D'ADAMO, *“Le procedure competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo”*, op. cit
- 57) Si rinvia per la disamina di tale specifica problematica a E. FABIANI, *Funzione processuale del notaio ed espropriazione forzata* in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studi e materiali (a cura della Commissione Studi), n. 2/2002, 517 ss e Riv. dir. civ., 2002, II, 131 ss; ID., *Delegabilità ai notai delle operazioni*

di vendita immobiliare con incanto in sede fallimentare, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studi e materiali (a cura della Commissione Studi), n. 1/2004, 230 ss ed a P. D'ADAMO, *“Le procedure competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo”*, op. cit, in cui si evidenzia a chiare lettere che in caso di nomina ex art. 104-ter III comma *“ci si trova al cospetto di un mero ausiliario del g.d. senza poteri di rappresentanza giuridica, tenuto solo a rispettare quanto autorizzato nel programma di liquidazione; non è prospettabile, in base all'art. 104-ter 3° co., un notaio quale delegato e quindi come sostituto del g.d. in quanto, in queste ipotesi, manca quella norma di dettaglio rappresentata, nelle esecuzioni individuali proprio dall'art. 591-bis, che con la sua analitica individuazione dei compiti del delegato rappresenta per alcuni autori proprio un esempio di sostituzione processuale”*; si veda anche PIERVINCENZO D'ADAMO, *“I diversi ruoli del notaio nella fase di liquidazione della nuova procedura fallimentare”*, pubbl. in CNN notizie il 18/05/2011;

- 58)** Si veda: P. D'ADAMO, *“Le procedure competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo”*, op. cit
- 59)** Si rinvia per la disamina di tale specifica problematica a E. FABIANI, *Funzione processuale del notaio ed espropriazione forzata* in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studi e materiali (a cura della Commissione Studi), n. 2/2002, 517 ss e Riv. dir. civ., 2002, II, 131 ss; ID., *Delegabilità ai notai delle operazioni di vendita immobiliare con incanto in sede fallimentare*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studi e materiali (a cura della Commissione Studi), n. 1/2004, 230 ss.
- 60)** Si veda nota a Cass. 11 maggio 2007 n. 10925, di CARLO TRENTINI, *Controllo sugli atti del professionista delegato alla vendita del fallimento*, in *“Il Fallimento”*, 10/2007, 1163 ss.; si veda anche Angelo Castagnola, *Fallimenti: con i ritocchi del correttivo un argine al crollo delle dichiarazioni*, in Guida al diritto, Il Sole 24 ore, n. 41 pag 10 e ss. Non sincronico ma attento alla problematica anche MASSIMO FABIANI, in Foro Italiano, 2007, V, 225 e ss, contra, P. D'ADAMO, *“Le procedure competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo”*, op. cit.
- 61)** Si veda: F. GUERRERA, *I trasferimenti di azienda*, Milano, 2000, 615; G. BOZZA, *La vendita d'azienda nel fallimento*, in Il fallimento, 1987, 283; G.C. RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973.
- 62)** Cass. Sez Un. 11619\97.
- 63)** Si veda: E. FABIANI, *Funzione processuale del notaio ed espropriazione forzata* in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studi e materiali (a cura della Commissione Studi), n. 2/2002, 517 ss e Riv. dir. civ., 2002, II, 131 ss; ID., *Delegabilità ai notai delle operazioni di vendita immobiliare con incanto in sede fallimentare*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studi e materiali (a cura della Commissione Studi), n. 1/2004, 230 ss.
- 64)** Si veda: E. FABIANI, *Funzione processuale del notaio ed espropriazione forzata* in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studi e materiali (a cura della Commissione Studi), n. 2/2002, 517 ss e Riv. dir. civ., 2002, II, 131 ss;

(Riproduzione riservata)