



# diritto ed economia dell'impresa

*Diretta da* LUCIANO M. QUATTROCCHIO

5 - 2017

## INTERVENTI di

*G. Fugiglando, A. Carbonelli, M. Terzi, B.M. Omegna  
L. Nadile, E. Quaglia, M. Maccarrone, C. Marino, L.M. Quattrocchio*

## APPROFONDIMENTI di

*D. Gramaglia, E.D. Ruffino*

## SAGGI di

*M. Mastrandrea, M. Bottallo*



**G. Giappichelli Editore – Torino**

Rivista telematica bimestrale 5 - 2017 • Iscrizione al R.O.C. n. 25223

ISSN 2499-3158



*Diretta da* LUCIANO M. QUATTROCCHIO

5 - 2017



G. Giappichelli Editore – Torino

*Direttore responsabile:* Luciano M. Quattrocchio

*Direzione e Redazione:*

[www.dirittoeconomiaimpresa.it](http://www.dirittoeconomiaimpresa.it)

© Copyright 2017 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISSN 2499-3158

Pubblicato nel mese di novembre 2017

### **Comitato di Direzione**

*Direttore:* Luciano M. Quattrocchio.

*Vice-Direttore:* Monica Cugno.

*Segretario:* Maurizio Cavanna.

*Consulente linguistico:* Diana Fahey.

### **Comitato Scientifico**

*Presidente:* Guido Bonfante.

*Vice-Presidente:* Giacomo Büchi.

*Segretario:* Giuseppe Vanz.

Sergio Foà, Aldo Frignani, Patrizia Grosso, Bruno Inzitari, Fiorella Lunnardon, Giovanni Ossola, Alessandra Rossi.

### **Comitato di Redazione**

*Presidente:* Carlo Majorino (Consigliere SAA).

*Vice-Presidente:* Francesco Cappello.

*Segretario:* Maria Maccarrone.

Fabrizio Bava, Cecilia Casalegno, Margherita Corrado, Anna Cugno, Alain Devalle, Paolo Fabris, Elena Gentile, Francesco Gerino, Guido Giovando, Mario Grandinetti, Valeria Miraglia, Bianca Maria Omegna, Elena Piccatti, Anna Maria Porporato, Michele Ricciardo Calderaro, Maurizio Riverditi, Fabrizia Santini, Alessandro Terzuolo, Andrea Trucano, Gabriele Varrasi, Barbara Veronese, Alessandro Vicini Ronchetti.

### **Collaboratori di Redazione**

Alessandro Avataneo, Fabrizio Bava, Valentina Bellando, Francesco Cappello, Cecilia Casalegno, Giovanni Castellani, Maurizio Cavanna, Margherita Corrado, Chiara Crovini, Anna Cugno, Monica Cugno, Alain Devalle, Paolo Fabris, Elena Gentile, Francesco Gerino, Guido Giovando, Mario Grandinetti, Melchior E. Gromis Di Trana, Maria Maccarrone, Carlo Majorino, Cinzia Manassero, Valeria Miraglia, Roberta Monchiero, Luisa Nadile, Bianca Maria Omegna, Alessandro Pastore, Elena Piccatti, Anna Maria Porporato, G. Quaranta, Michele Ricciardo Calderaro, Maurizio Riverditi, Fabrizia Santini, Alessandro Terzuolo, B. Tessa, Andrea Trucano, Gabriele Varrasi, Barbara Veronese, Alessandro Vicini Tronchetti.



# Indice

## Interventi

### Le vendite degli immobili nelle esecuzioni individuali e nelle procedure concorsuali

G. FUGIGLANDO, La valutazione degli immobili	999
A. CARBONELLI, Le strategie di vendita degli immobili	1018
M. TERZI, Le vendite telematiche degli immobili: inquadramento	1022
B.M. OMEGNA-L. NADILE-E. QUAGLIA, Le vendite telematiche degli immobili. Aspetti operativi	1026
M. MACCARRONE, Il ruolo del professionista delegato	1036
C. MARINO, Le vendite degli immobili nelle procedure concorsuali	1047
L.M. QUATTROCCHIO, I limiti alla vendita degli immobili: il diritto di prelazione	1060

## Approfondimenti

D. GRAMAGLIA, Questioni processuali del giudizio di opposizione a stato passivo	1084
E.D. RUFFINO, Il costo del ritardo dei pagamenti nel servizio sanitario	1091

## Saggi

M. MASTRANDREA, I contratti pendenti nella legge fallimentare: art. 72 l. fall. e problemi interpretativi	1110
M. BOTTALLO, Questioni aperte in tema di usura con riferimento al contratto di mutuo	1122

# I limiti alla vendita degli immobili: il diritto di prelazione

Luciano M. Quattrocchio

## SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il diritto di prelazione. – 2.1. Il quadro europeo di riferimento. – 2.2. La posizione della giurisprudenza. – 2.3. Una soluzione alternativa: la teoria dei giochi. – 2.3.1. Premessa. – 2.3.2. Applicazioni. – 2.3.3. La rappresentazione grafica. – 2.3.4. Classificazioni. – 2.3.4.1. Giochi cooperativi e giochi non cooperativi. – 2.3.4.2. Giochi simultanei e giochi non simultanei. – 2.3.4.3. Giochi a formazione completa e giochi a formazione incompleta. – 2.3.4.4. Giochi finiti e giochi infiniti. – 2.3.4.5. Giochi a somma zero e giochi a somma diversa da zero. – 2.3.5. Le strategie. – 2.3.6. L'applicazione della teoria dei giochi al diritto di prelazione nelle aste competitive. – 3. Il potere di sospensione. – 4. L'atto di trasferimento.

## 1. Premessa

Numerose sono le questioni, in tema di vendite fallimentari, che si pongono all'attenzione dell'interprete e dell'operatore; in questa sede, tuttavia, ci si concentrerà soltanto su quelle che si presentano con maggiore frequenza.

La prima questione riguarda il diritto di prelazione, che assume particolare rilevanza sia nel caso in cui sia attribuito convenzionalmente sia nell'ipotesi in cui sia riconosciuto per legge. Il tema è di estremo interesse sia teorico sia pratico, in quanto involge la tutela di interessi che – a seconda dei casi – possono assumere rilevanza diversa.

La seconda questione concerne il potere di sospensione della vendita, che – come è noto – pertiene sia al curatore sia al giudice delegato, sebbene in momenti diversi e sulla base di presupposti differenti. Occorre, al proposito, individuare con precisione la portata dei flussi informativi fra il curatore e il giudice delegato, al fine di evitare il rischio che il primo dei poteri di sospensione – quello che fa capo al curatore – venga, di fatto, sterilizzato.

L'ultima questione si riferisce all'atto di trasferimento dell'immobile, che – a seconda della procedura di vendita adottata – rimane di stretta competenza del giudice delegato o trova compimento in via esclusiva – ovvero, secondo un certo orientamento, in via alternativa – per il tramite di un notaio. Il tema assume rilevanza, in particolare, ove l'immobile sia “affetto” da irregolarità di natura urbanistica o edilizia, più o meno gravi.

## 2. Il diritto di prelazione

### 2.1. Il quadro normativo di riferimento

Con l'espressione "prelazione urbana" si fa normalmente riferimento alla prelazione collegata al rapporto di locazione avente per oggetto una costruzione urbana, previsto sia dall'art. 38 della legge 27 luglio 1978, n. 392, sia dall'art. 3 della legge 9 dicembre 1998, n. 431; la prima ipotesi viene solitamente qualificata come prelazione commerciale, la seconda come prelazione abitativa.

La ragione giustificativa che sta alla base del diritto di prelazione, nelle ipotesi, può essere come di seguito sintetizzata:

- nella prelazione di un locale commerciale si intende favorire la tutela dell'avviamento commerciale, costituito prevalentemente dalla clientela;
- nella prelazione abitativa il fine della norma è invece quello di garantire al conduttore, attraverso l'acquisto dell'appartamento, la continuità nell'occupazione.

Evidentemente, in tali casi, la questione dell'operatività del diritto di prelazione legale in sede fallimentare si pone esclusivamente nell'ipotesi in cui l'immobile oggetto di vendita sia occupato e il curatore non abbia esercitato il diritto di recesso, ai sensi dell'art. 80, comma 2, l.f.

Ma, il diritto di prelazione potrebbe anche, ed eventualmente in aggiunta, essere riconosciuto convenzionalmente ed è, quindi, necessario interrogarsi se – in conseguenza del subentro del curatore nel contratto di locazione (*rectius*, per effetto del mancato recesso del curatore dal contratto di locazione) – vi sia, di fatto, il subentro nella medesima posizione contrattuale del locatore; e cioè se l'operatività della pattuizione inerente alla prelazione convenzionale sia diretta conseguenza del subentro del curatore nella medesima posizione contrattuale del locatore, poi fallito.

In entrambe le ipotesi, la questione di fondo che deve essere risolta è se il diritto di prelazione possa trovare applicazione alle vendite forzose e in particolare modo a quelle realizzate in sede fallimentare.

Come è noto, la Legge Fallimentare rinnovata disciplina, in modo espresso, il diritto di prelazione convenzionale in caso di affitto d'azienda, per il tramite di una procedura particolare. Al proposito, l'art. 104-*bis*, comma 5, l.f., stabilisce che «Il diritto di prelazione a favore dell'affittuario può essere concesso convenzionalmente, previa espressa autorizzazione del giudice delegato e previo parere favorevole del comitato dei creditori. In tale caso, esaurito il procedimento di determinazione del prezzo di vendita dell'azienda o del singolo ramo, il curatore, entro dieci giorni, lo comunica all'affittuario, il quale può e-

sercitare il diritto di prelazione entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione».

Ma, il Legislatore della riforma ha previsto – in seno alla Legge Fallimentare – un'ulteriore ipotesi di diritto di prelazione, in questo caso legale, ove oggetto di vendita sia non un immobile, bensì una quota di partecipazione in una società a responsabilità limitata. In particolare, l'art. 106, comma 2, l.f. stabilisce che «Per la vendita della quota di società a responsabilità limitata si applica l'articolo 2471 del codice civile». Quest'ultimo, a sua volta, prevede che:

«I. La partecipazione può formare oggetto di espropriazione. Il pignoramento si esegue mediante notificazione al debitore e alla società e successiva iscrizione nel registro delle imprese.

II. L'ordinanza del giudice che dispone la vendita della partecipazione deve essere notificata alla società a cura del creditore.

III. Se la partecipazione non è liberamente trasferibile e il creditore, il debitore e la società non si accordano sulla vendita della quota stessa, la vendita ha luogo all'incanto; ma la vendita è priva di effetto se, entro dieci giorni dall'aggiudicazione, la società presenta un altro acquirente che offra lo stesso prezzo.

IV. Le disposizioni del comma precedente si applicano anche in caso di fallimento di un socio».

Si potrebbe, quindi, ritenere che la prelazione – sia legale sia convenzionale – costituisca, nel nuovo *corpus* normativo – un *numerus clausus*; tuttavia, la questione merita qualche ulteriore approfondimento.

## 2.2. La posizione della giurisprudenza

Al proposito occorre rilevare che esiste un consolidato indirizzo, ripetutamente espresso in tema di prelazione urbana, secondo cui il diritto di prelazione non trova applicazione quando gli atti di alienazione non sono riconducibili ad una libera determinazione del proprietario. Si è rilevato in particolare che la vendita coattiva, eseguita in una delle forme previste dalla legge, consente in ogni caso anche al prelazionario di partecipare alla gara e di acquistare il bene, perché non v'è scelta dell'acquirente da parte del venditore, il quale si limita a fissare solo il prezzo minimo di aggiudicazione.

Più in particolare, in sede fallimentare, la giurisprudenza di merito (Trib. Torino 26 giugno 1979, in *Fall.*, 1979, pag. 1154) ha espressamente escluso la prelazione, in quanto – partendosi dal presupposto dell'essenziale e preminente funzione pubblica del fallimento e dell'espropriazione che ne consegue – non può essere tollerata interferenza alcuna e pertanto la vendita esecutiva non è vendita spontanea e l'esercizio del diritto di prelazione potrebbe portare ad

una vera e propria turbativa dell'asta essendo difficile prefissare il prezzo cui ancorare il diritto di prelazione.

La giurisprudenza di legittimità ha, per parte sua, aggiunto che il diritto di prelazione non può essere esercitato in sede fallimentare, in quanto le facoltà dei soggetti del rapporto destinatari delle norme sulla prelazione più non sussistono, avendo il fallimento privato il proprietario della facoltà di disporre del bene. Sarebbe – quindi – irragionevole ritenere che un interesse di natura privatistica, quale la prelazione ereditaria, urbana o agraria, possa limitare od ostacolare l'attività di natura pubblicistica degli organi fallimentari, diretta alla liquidazione dei beni del fallito per il soddisfacimento dei creditori. Quindi, «in caso di vendita all'asta in sede di esecuzione forzata dell'immobile locato ad uso diverso dall'abitazione al conduttore di esso non spetta il diritto di prelazione di cui all'art. 38 L. 392/78» (cfr. Cass. 16 dicembre 1996, n. 11225, in *Foro It.*, 1997, I, 805).

Ad ulteriore conforto della inapplicabilità della prelazione in sede di vendita forzata deve considerarsi che il regolare svolgimento delle gare, con o senza incanto, verrebbe intralciato dalla previsione di una non contemplata “aggiudicazione sotto condizione”; infatti, il diritto di prelazione finirebbe per ridurre le possibilità di vendere il bene alle migliori possibili condizioni, allontanando dalla gara dei potenziali acquirenti (in tal senso, Cass. 7 luglio 1999, n. 7056).

In epoca più recente, la Suprema Corte (Cass. S.U. 19 novembre 2003, n. 17523) – richiamando nella sentenza precedenti sue statuizioni – ha escluso categoricamente l'operatività sia della prelazione sia legale sia convenzionale, affermando l'impossibilità che il diritto di prelazione operi in un contesto particolare e di prevalente rilievo pubblicistico quale risulta essere la fase liquidativa di un fallimento. Segnatamente, essa ha affermato che «... la vendita coattiva, eseguita in una delle forme previste dalla legge, consente anche al prelazionario di partecipare alla gara e di acquistare il bene, perché non v'è una scelta dell'acquirente da parte del venditore, che si limita solo a fissare il prezzo minimo di aggiudicazione (Cass. Sez. III, 6 aprile 1990, n. 2900, m. 466485). Sicché in sede fallimentare, privato il proprietario della facoltà di disporre del bene, sarebbe irragionevole ritenere che “un interesse di natura privatistica, quale la prelazione ereditaria, urbana o agraria, possano limitare od ostacolare l'attività di natura pubblicistica degli organi fallimentari diretta alla liquidazione dei beni del fallito per il soddisfacimento dei creditori” (Cass. 7 luglio 1999, n. 7056). E in realtà il diritto di prelazione finirebbe per ridurre le possibilità di vendere il bene alle migliori possibili condizioni, sottraendo all'esigenza della gara uno dei potenziali acquirenti»; per poi così concludere: «deve quindi ritenersi che l'orientamento della giurisprudenza sia nel senso di una generale incompatibi-

lità di principio del diritto di prelazione con le vendite coattive, e in particolare con quelle fallimentari, salvo esplicite deroghe in senso contrario. E questa incompatibilità, se vale per le prelazioni legali, a maggior ragione deve valere ... per le prelazioni di origine convenzionale».

In definitiva, la giurisprudenza – sia di merito sia di legittimità – ritiene preminente l'interesse generale dei creditori a conseguire il maggior ricavo nel minor tempo possibile, rispetto all'interesse particolare del titolare del diritto di prelazione. E, il generale disfavore per l'applicabilità del diritto di prelazione nelle vendite coattive ed in particolare modo in quelle fallimentari trova la propria motivazione nell'impossibilità che il diritto di prelazione operi in un contesto particolare e di prevalente rilievo pubblicistico quale risulta essere la fase liquidativa di un fallimento, tenuto anche conto del potenziale condizionamento alla gara da parte del conduttore: la prospettiva che l'aggiudicazione possa rimanere inefficace a causa di un fatto diverso dall'aumento del prezzo, cioè a causa dell'intervento del conduttore, costituisce un vincolo capace di turbare lo svolgimento degli incanti e perciò assolutamente incompatibile con il relativo sistema di vendita.

Occorre peraltro rilevare che la Suprema Corte ha recentemente assunto una posizione contraria (Cass. 28 gennaio 2013, n. 1808), affermando che «L'esercizio in concreto del diritto di prelazione va coordinato con la struttura e le finalità (ricavare il maggior utile possibile nell'interesse dei creditori concorsuali) delle vendite fallimentari, senza porsi ad ostacolo o ad intralcio nello svolgimento delle medesime, come si evince dalla elaborazione giurisprudenziale di questa Corte, che ha collocato l'esercizio del diritto di prelazione “nella fase in cui il prezzo sia divenuto definitivo, all'esito del subprocedimento di vendita, con l'aggiudicazione definitiva” (in termini, Cass. n. 11760/1999). Da ciò discende che l'affittuario è ammesso ad esercitare il suo diritto di prelazione dopo che sia stata superata la fase dell'aggiudicazione, senza intralcio, può dirsi, sulle fasi della vendita (determinazione del prezzo, modalità di partecipazione all'incanto, oneri di cauzione e di deposito, formazione del prezzo di aggiudicazione nella libera gara dei partecipanti all'incanto, eventuale riapertura dalla gara in presenza di un'offerta in aumento), e sulla base del prezzo raggiunto in via definitiva (v. Cass. n. 8861/1994; Cass. n. 2576/2004). Da tale giurisprudenza si evince che l'affittuario con diritto di prelazione resta estraneo alla procedura dell'incanto avendo la facoltà di intervenire solo dopo che si è determinato in via definitiva il prezzo dell'incanto. Ciò necessariamente comporta che l'affittuario possa esercitare la prelazione non solo dopo che si sia verificata l'aggiudicazione del bene al migliore offerente all'esito del primo incanto ma anche, qualora sia stato presentato un aumento di sesto, nuovamente all'esito della

nuova gara perché solo a seguito di quest'ultima il prezzo di aggiudicazione è divenuto definitivo. D'altra parte, è principio ormai pacifico che la fase del rincaro, conseguente alla formulazione di offerte con "aumento del sesto" rappresenta non già il proseguimento del precedente (e concluso) incanto, bensì un'ulteriore fase del procedimento, retta da regole proprie e da un diverso sistema di aggiudicazione, in cui deve nuovamente effettuarsi la verifica della legittimazione a partecipare alla gara (da ultimo Cass. n. 15435/2011). Da ciò discende che, essendo quella in aumento di sesto una nuova asta, l'aggiudicatario del precedente incanto diviene un semplice legittimato alla partecipazione ad essa alla stessa stregua degli altri partecipanti al primo incanto, senza che la sua partecipazione sia in alcun modo obbligatoria, come si evince dall'art 584 c.p.c. che prevede come facoltativa la partecipazione alla gara in aumento di sesto dell'aggiudicatario in sede di primo incanto. Nel caso quindi in cui l'affittuario del bene divenga l'aggiudicatario del bene all'esito del primo incanto per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione, questi non è in alcun modo obbligato a partecipare come concorrente alla nuova gara in aumento di sesto, mentre, non essendosi ancora esaurito il proprio potere di esercitare la prelazione, poiché il prezzo di aggiudicazione non è ancora divenuto definitivo, ben potrà esercitare nuovamente il detto potere all'esito dell'aggiudicazione finale del bene».

Come si avrà modo di dimostrare, si deve peraltro osservare che l'esistenza del diritto di prelazione non può considerarsi neutra, sul riflesso che il prelazionario – ove fosse riconosciuta l'operatività del diritto di prelazione – si troverebbe nella condizione di non dover necessariamente rivelare il proprio "prezzo di riserva", cioè il prezzo Massimo cui sarebbe disponibile ad acquistare il bene, potendosi "accaparrare" quest'ultimo al prezzo che si è formato in gara, e in tal modo frustrando l'obiettivo prioritario del fallimento che – come è noto – consiste nella massimizzazione dell'utilità per i creditori; obiettivo che, come ribadito dalla Suprema Corte nella Sentenza da ultimo citata, deve considerarsi preminente.

In altri termini, si può ritenere che il prezzo formatosi in gara corrisponda al prezzo massimo ottenibile, soltanto se coincidente con il "prezzo di riserva" dello stesso prelazionario. Ma, in tale ultimo caso il diritto di prelazione sarebbe inutile, giacché il prelazionario avrebbe potuto rendersi aggiudicatario in sede di gara, partecipandovi. In tutti gli altri casi il prezzo in corrispondenza del quale viene esercitato il diritto di prelazione non corrisponde al prezzo massimo ottenibile in gara, con la conseguenza che si determinerebbe – ove ciò venisse considerato ammissibile – una frustrazione dell'obiettivo prioritario del fallimento, e cioè la massimizzazione dell'utilità per il ceto creditorio.

Ma, vi è un ulteriore e ben più rilevante motivo per il quale il principio affermato dalla Suprema Corte non può essere condiviso: infatti, se venisse riconosciuta la legittimazione all'esercizio del diritto di prelazione, potrebbe – proprio per le ragioni sopra esposte – realizzarsi una turbativa d'asta (come, peraltro, segnalato dalla stessa giurisprudenza di legittimità); ciò che non può, evidentemente, essere accettato.

## 2.3. Una soluzione alternativa: la teoria dei giochi

### 2.3.1. Premessa

La teoria dei giochi è la scienza matematica che studia e analizza le decisioni individuali di un soggetto in situazioni di conflitto o interazione strategica con altri soggetti rivali (due o più), finalizzate al massimo guadagno di ciascun giocatore; in tale contesto, le decisioni di un giocatore possono influire sui risultati conseguibili dagli altri e viceversa, secondo un meccanismo di retroazione (*Wikipedia*).

La nascita della moderna teoria dei giochi può essere fatta coincidere con la pubblicazione – nel 1944 – del libro “*Theory of Games and Economic Behavior*” di John von Neumann (un matematico) e Oskar Morgenstern (un economista). Il più famoso studioso a essersi occupato successivamente della teoria dei giochi, e in particolare dei cd. “giochi non cooperativi” (v. *infra*), è il matematico John Forbes Nash jr., protagonista del film di Ron Howard “*A Beautiful Mind*”.

Nella teoria dei giochi l'obiettivo di ciascun giocatore (o agente) è vincere; inoltre, tutti i giocatori devono essere a conoscenza delle regole del gioco ed essere consapevoli delle conseguenze di ogni singola mossa.

La mossa, o l'insieme delle mosse, che un individuo intende fare viene chiamata “*strategia*”. All'esito delle strategie adottate da tutti i giocatori, ciascun agente riceve una vincita (o perdita) chiamata “*pay-off*”.

Un gioco, pertanto, è descritto da quattro elementi:

- l'insieme dei giocatori (o agenti):  $N = \{1, 2, \dots, n\}$ ;
- l'insieme delle (m) strategie poste in atto dai giocatori:
  - $S_1 = \{S_{11}, S_{12}, \dots, S_{1m}\}$ ;
  - $S_2 = \{S_{21}, S_{22}, \dots, S_{2m}\}$ ;
  - ...
  - $S_n = \{S_{n1}, S_{n2}, \dots, S_{nm}\}$ ;
- i *pay-off* del gioco per ciascun giocatore (espresse in termini di utilità):
  - $U_1 = \{u_{11}, u_{12}, \dots, u_{1m}\}$ ;
  - $U_2 = \{u_{21}, u_{22}, \dots, u_{2m}\}$ ;

- ...
- $U_n = \{u_{n1}, u_{n2}, \dots, u_{nm}\}$ ;
- l'insieme delle regole del gioco (ovvero il criterio con cui le strategie sono messe in relazione con gli esiti).  
Quindi, il gioco si può esprimere come una funzione vettoriale delle strategie e delle vincite:

$$\text{Gioco} = \{S_{i1}, S_{i2}, \dots, S_{im}; u_{i1}, u_{i2}, \dots, u_{im}\}$$

ove “i” indica il generico giocatore.

### 2.3.2. Applicazioni

Le applicazioni e le interazioni della teoria dei giochi sono molteplici: dal campo economico e finanziario a quello strategico-militare, dalla politica alla sociologia, dalla psicologia all'informatica, dalla biologia allo sport.

Così, ad esempio, se il giocatore è un venditore, le sue mosse possono essere: aumentare, diminuire o lasciare invariati i prezzi delle sue merci. Le mosse di un acquirente possono invece essere: cambiare fornitore, restare fedeli a un prodotto o a un fornitore. Ancora, le mosse di un responsabile di logistica militare possono essere: inviare un convoglio lungo un certo percorso piuttosto che lungo un altro.

L'esempio di gioco più noto è il celebre “*dilemma del prigioniero*”: si tratta di un gioco non cooperativo, a informazione completa, proposto negli anni cinquanta del XX secolo da Albert Tucker; il dilemma del prigioniero è anche noto al pubblico come classico esempio di paradosso e può essere descritto come segue.

Due criminali vengono accusati di aver commesso un omicidio. Gli investigatori li arrestano entrambi e li chiudono in due celle diverse, impedendo loro di comunicare. Ad ognuno di loro vengono concesse due scelte alternative: confessare l'accaduto oppure non confessare. Viene inoltre spiegato loro che:

- se solo uno dei due confessa, chi confessa evita la pena, mentre l'altro viene condannato a 10 anni di carcere;
- se entrambi confessano, vengono entrambi condannati a 6 anni;
- se nessuno dei due confessa, entrambi vengono condannati a 1 anno, perché comunque colpevoli di porto abusivo di armi.

Il gioco può essere raffigurato con la rappresentazione in forma strategica:

Prigioniero 2 Prigioniero 1	Confessa	Non confessa
Confessa	6, 6	0, 10
Non confessa	10, 0	1, 1

Dai *pay-off* mostrati nella tabella appare chiaro che per entrambi i prigionieri sarebbe meglio non confessare e scontare soltanto un anno di carcere.

È opportuno, tuttavia, individuare quale sia il comportamento ottimo di uno dei due prigionieri, giacché l'altro si comporterà in modo identico, essendo il gioco simmetrico.

La miglior strategia è confessare, perché non si conosce cosa sceglierà l'altro prigioniero. Per entrambi l'obiettivo è, infatti, minimizzare la propria condanna e ciascun prigioniero:

- confessando: rischia 0 o 6 anni
- non confessando: rischia 1 o 10 anni.

La strategia "*non confessa*" è, dunque, strettamente dominata dalla strategia "*confessa*"; eliminando le strategie strettamente dominate si arriva all'equilibrio di Nash, in cui i due prigionieri confessano e hanno 6 anni di carcere.

Ma la strategia dominante non massimizza l'utilità per i giocatori: infatti, il risultato migliore per i due (cd. "*ottimo paretiano*") è di non confessare (1 anno di carcere invece di 6); ma il risultato raggiunto, in tal caso, non corrisponde ad un punto di equilibrio.

Si supponga, ora, che i due criminali si siano promessi di non confessare in caso di arresto. Una volta arrestati, e messi in due celle diverse, ciascun prigioniero si domanda se la promessa sarà mantenuta dall'altro: infatti, se un prigioniero non rispetta la promessa e l'altro sì, il primo è liberato e l'altro dovrà scontare 10 anni. Ed è proprio qui che affiora il dilemma: confessare o non confessare.

La teoria dei giochi, come si è detto, afferma che vi è un solo equilibrio (confessa, confessa), che – tuttavia – conduce ad un paradosso e, cioè, un risultato non ottimale.

Se si pensa agli Stati Uniti e all'URSS come ai due prigionieri, e alla confessione come all'armamento con la bomba atomica (mentre alla non confessione come al disarmo), il dilemma descrive chiaramente come per le due potenze fosse inevitabile al tempo della guerra fredda la corsa agli armamenti,

benché questo risultato finale fosse non ottimale per nessuna delle due (e per l'intero mondo).

L'equilibrio di Nash rappresenta, dunque, una situazione nella quale nessun agente razionale ha interesse a cambiare la strategia di equilibrio ferme restando le strategie adottate dagli altri giocatori. Rappresenta quindi la situazione nella quale il gruppo si viene a trovare se ogni componente del gruppo fa ciò che è meglio per sé, quando anche gli altri giocatori adottano la loro strategia di equilibrio.

Tuttavia, non è detto che l'equilibrio di Nash sia la soluzione migliore per tutti. Infatti, se è vero che in un equilibrio di Nash il singolo giocatore non può aumentare il proprio guadagno modificando solo la propria strategia, non è affatto detto che un gruppo di giocatori o – al limite – tutti non possano aumentare il proprio guadagno allontanandosi congiuntamente dall'equilibrio. Come già sottolineato, infatti, l'equilibrio di Nash potrebbe non costituire al contempo un ottimo pareziano; possono, cioè, esistere altre combinazioni di strategie che conducono a migliorare il guadagno di alcuni senza ridurre il guadagno di nessuno, o addirittura – come accade nel caso del dilemma del prigioniero – ad aumentare il guadagno di tutti.

### 2.3.3. La rappresentazione grafica

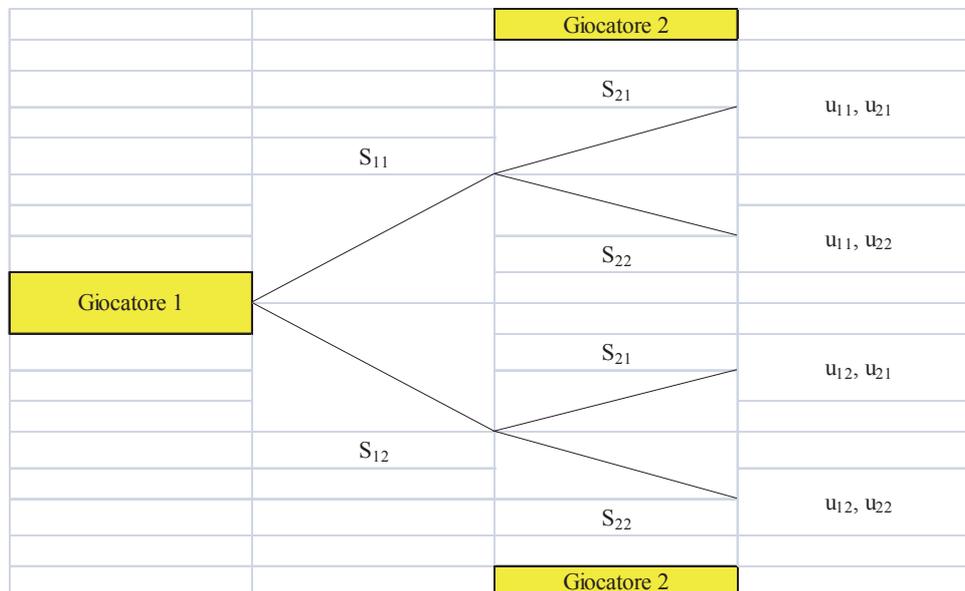
Esistono due modi per descrivere graficamente un gioco: la rappresentazione in forma strategica (o normale) e la rappresentazione in forma estesa.

Di seguito viene riportata la rappresentazione in forma strategica nel caso di due giocatori, in ipotesi di due sole strategie:

Giocatore 1 \ Giocatore 2	$S_{21}$	$S_{22}$
$S_{11}$	$u_{11}, u_{21}$	$u_{11}, u_{22}$
$S_{12}$	$u_{12}, u_{21}$	$u_{12}, u_{22}$

La rappresentazione in forma estesa viene preferita quando i giocatori agiscono sequenzialmente (prima l'uno e poi l'altro). In questo caso si utilizza un albero (o “*grafo*”), nella forma seguente, in cui ogni punto del grafo da cui si dipartono le linee che rappresentano le possibili scelte dei giocatori si definisce “*nodo*”.

Di seguito viene raffigurata la rappresentazione in forma estesa nel caso di due giocatori, in ipotesi di due sole strategie.



Le decisioni assunte da un giocatore possono essere in accordo o in contrapposizione con le decisioni assunte dagli altri giocatori e da simili situazioni nascono varie tipologie di giochi (cd. “*giochi cooperativi*” e “*giochi non cooperativi*”, su cui v. *infra*).

### 2.3.4. Classificazioni

#### 2.3.4.1. Giochi cooperativi e giochi non cooperativi

Un gioco cooperativo si presenta quando gli interessi dei giocatori non sono in contrapposizione diretta tra loro, ma esiste una comunanza fra gli stessi. I giocatori perseguono un fine comune, almeno per la durata del gioco, e alcuni di essi possono tendere ad associarsi per migliorare il proprio “*pay-off*”.

La garanzia è data dagli accordi vincolanti e la suddivisione della vincita avviene in relazione al ruolo svolto da ciascun giocatore, secondo la sua strategia e i suoi accordi.

Nei giochi cd. “*essenziali*”, per i quali vale l’adagio “*l’unione fa la forza*”, i giocatori – collaborando – si garantiscono un guadagno superiore a quello che otterrebbero giocando individualmente.

Per contro, nei giochi non cooperativi (detti anche “*giochi competitivi*”) i giocatori non possono stipulare accordi vincolanti (anche normativamente), indipendentemente dai loro obiettivi.

A questa categoria si applica la soluzione data da John Nash con il suo

“*Equilibrio di Nash*” (v. *supra*); probabilmente la nozione più importante, grazie al suo vastissimo campo di applicabilità.

Il criterio di comportamento razionale adottato nei giochi non-cooperativi è di carattere individuale ed è chiamato strategia del massimo: in sostanza il comportamento di ogni giocatore è tale da perseguire sempre la strategia più vantaggiosa per sé stesso.

Qualora nel gioco esista una strategia che presenta il massimo guadagno per tutti i giocatori si parla di punto di equilibrio. Un punto di equilibrio in un gioco in cui si attua la strategia del massimo esprime il fatto che tutti i giocatori conseguono sì il massimo guadagno individuale, ma anche quello collettivo.

Il punto di equilibrio di Nash esprime in un certo senso un comportamento razionale socialmente utile, dal momento che tutti i giocatori ottengono un *pay-off* positivo, che garantisce la convergenza degli interessi di tutti i giocatori.

John Nash ha dimostrato che ogni gioco finito ad  $n$  giocatori ammette almeno un punto di equilibrio in strategie miste.

#### 2.3.4.2. *Giochi simultanei e giochi non simultanei*

I giochi si suddividono in giochi simultanei (o statici) e giochi dinamici (o sequenziali). Nei giochi simultanei vi è la presenza di azioni indipendenti tra i giocatori, mentre nei giochi dinamici le azioni dei giocatori dipendono da quelle precedenti; ove per “*dipendenza*” si intende il fatto che un giocatore sceglie di effettuare una determinata azione sulla base delle informazioni di cui dispone con riguardo alle scelte effettuate dall’avversario (o che ritiene effettuerà quest’ultimo).

Nei giochi dinamici, quindi, le scelte vengono compiute sulla base delle informazioni acquisite, che dispiegano effetti sulle successive decisioni strategiche.

#### 2.3.4.3. *Giochi a informazione completa e giochi a informazione incompleta*

Nel gioco a informazione completa, ogni giocatore ha una conoscenza completa del contesto, ma non necessariamente delle azioni degli altri giocatori; ad esempio perché le mosse dei diversi giocatori devono avvenire simultaneamente (v. *infra* il famoso “*dilemma del prigioniero*”).

Nei giochi a informazione incompleta i giocatori non sono, invece, a conoscenza del contesto, e – cioè – di tutti gli elementi del gioco: ad esempio non conoscono quanti sono gli altri giocatori o quali sono le loro possibili strategie ovvero i loro *pay-off*.

#### 2.3.4.4. Giochi finiti e giochi infiniti

I giochi finiti sono quelli in cui il numero delle situazioni di gioco possibili è finito, ma il numero delle situazioni può essere assai elevato; per contro, i giochi infiniti presentano un numero infinito di situazioni possibili.

#### 2.3.4.5. Giochi a somma zero e giochi a somma diversa da zero

I “giochi a somma zero” comprendono tutte le situazioni conflittuali in cui la contrapposizione dei giocatori è totale: la vincita di un giocatore coincide esattamente con la perdita degli altri; la somma dei *pay-off* (di segno positivo o negativo) dei diversi contendenti in funzione delle strategie utilizzate è cioè sempre pari a zero.

Invece, nei “giochi a somma diversa da zero” la somma dei *pay-off* può essere positiva o negativa.

#### 2.3.5. Le strategie

La strategia di un giocatore si compone di una serie di mosse volte, per definizione, a massimizzare la sua utilità. Si definisce soluzione di un gioco l'insieme (o gli insiemi) di strategie che i giocatori pongono in essere, appunto per massimizzare la loro utilità.

Per il Giocatore 1, una strategia  $S_{1i}$  si definisce “*dominante*” se scegliendo tale strategia egli ottiene il massimo risultato qualunque sia la scelta degli altri giocatori. Se vi è una strategia dominante comune a tutti i giocatori, allora il gioco ha un equilibrio: l'equilibrio di Nash.

#### 2.3.6. L'applicazione della teoria dei giochi al diritto di prelazione nelle aste competitive

Ipotizziamo che vi siano due partecipanti ad una procedura competitiva e che vi sia anche un terzo, titolare del diritto di prelazione.

Supponiamo che i prezzi di riserva, cioè i prezzi che i diversi partecipanti sono disposti ad offrire, siano i seguenti:

	<b>PREZZO DI RISERVA</b>
<b>Partecipante 1</b>	80
<b>Partecipante 2</b>	100
<b>Prelazionario</b>	120

Nel caso in cui sia riconosciuto il diritto di prelazione, la matrice dei *pay-off* assume la seguente composizione:

Partecip. 1	Partecip. 2	Non rilancia	Rilancia
	Non rilancia	0, 0	0, 100
Rilancia		80, 0	80, 100

Il risultato del “gioco” è il seguente:

<b>Strategia dominante</b>	<b>Casella blu</b>
<b>Equilibrio di Nash</b>	<b>Casella blu</b>
<b>Ottimo paretiano</b>	<b>Non raggiunto</b>

L’ottimo paretiano (ottimo di Pareto) è una situazione di allocazione efficiente delle risorse. In un ottimo di Pareto non è possibile migliorare il benessere (utilità) di un soggetto, senza peggiorare il benessere degli altri soggetti.

Nel caso di specie, l’ottimo paretiano non è raggiunto poiché sarebbe possibile migliorare il benessere collettivo – e, in particolare, quello del ceto creditore –, senza peggiorare il benessere degli altri soggetti, non riconoscendo il diritto di prelazione, che determina una evidente compressione dell’utilità collettiva.

Nel caso in cui non sia riconosciuto il diritto di prelazione, la matrice dei *payoff* (tridimensionale) assume la seguente composizione:

		Prelazionario		
		Non rilancia		Rilancia
Partec. 1	Partec. 2	Non rilancia	Rilancia	
			0, 0, 0	
Non rilancia		0, 0, 0	0, 100, 0	
		80, 0, 0		80, 100, 120
Rilancia		80, 0, 0	80, 100, 0	

Il risultato del “gioco” è il seguente:

<b>Strategia dominante</b>	Casella blu
<b>Equilibrio di Nash</b>	Casella blu
<b>Ottimo paretiano</b>	Raggiunto

È, quindi, evidente che l’ottimo paretiano – e, cioè, la massimizzazione di tutti gli interessi (compreso quello dei creditori) – si raggiunge soltanto nell’ipotesi in cui l’esercizio del diritto di prelazione non sia riconosciuto.

La Suprema Corte incorre, quindi, in errore quando afferma che l’esercizio del diritto di prelazione non determina un “intralcio” sulle fasi della vendita (determinazione dal prezzo, modalità di partecipazione all’incanto, oneri di

cauzione e di deposito, formazione del prezzo di aggiudicazione nella libera gara dei partecipanti all'incanto, eventuale riapertura dalla gara in presenza di un'offerta in aumento), pregiudicando – al contrario – la massimizzazione del risultato per tutti i “giocatori”.

Invero, l'unico caso in cui il riconoscimento del diritto di prelazione non pregiudica la massimizzazione delle utilità si verifica quando il prezzo di riserva del prelazionario sia uguale (o inferiore) al prezzo di riserva del miglior offerente.

### 3. Il potere di sospensione

Come è noto, il potere di sospensione dell'aggiudicazione può essere esercitato sia dal curatore sia dal giudice delegato.

In particolare, da una parte, il curatore può sospendere l'aggiudicazione in forza dell'art. 107, comma 4, l.f., il quale stabilisce che «Il curatore può sospendere la vendita ove pervenga offerta irrevocabile d'acquisto migliorativa per un importo non inferiore al dieci per cento del prezzo offerto». Dall'altra parte, il giudice delegato può sospendere l'aggiudicazione per effetto dell'art. 108, comma 1, l.f., il quale prevede che «Il giudice delegato, su istanza del fallito, del comitato dei creditori o di altri interessati, previo parere dello stesso comitato dei creditori, può sospendere, con decreto motivato, le operazioni di vendita, qualora ricorrano gravi e giustificati motivi ovvero, su istanza presentata dagli stessi soggetti entro dieci giorni dal deposito di cui al quarto (*rectius*, quinto) comma dell'articolo 107, impedire il perfezionamento della vendita quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto, tenuto conto delle condizioni di mercato».

Il potere di sospensione del curatore deve essere esaminato alla luce sia del citato art. 107, comma 4, l.f., sia del combinato disposto del successivo comma 5 dello stesso articolo – a norma del quale «Degli esiti delle procedure, il curatore informa il giudice delegato ed il comitato dei creditori, depositando in cancelleria la relativa documentazione» – e del citato art. 108, comma 1, l.f.

La lettura coordinata delle due disposizioni conduce alla conclusione secondo cui il potere del curatore, previsto dall'art. 107, comma 4, l.f., viene meno per effetto del deposito in cancelleria della documentazione relativa alla vendita, ai sensi del successivo comma 5, così come richiamato dal successivo art. 108, comma 1, l.f.

In tale senso si è già espressa anche la giurisprudenza di merito (Trib. Udine 14 novembre 2016), la quale ha affermato che «Il potere di sospendere la vendita di immobili attribuito al curatore dall'art. 104, comma 7, l. fall. ove gli

pervenga un'offerta d'acquisto per un importo superiore al dieci per cento del prezzo della precedente offerta, può essere esercitato fino alla comunicazione al giudice delegato dell'esito della vendita formalizzata con il deposito della relativa documentazione in cancelleria ai sensi dell'art. 104, comma 7, l. fall.» (così la massima).

In altri termini, il curatore, con il deposito nella cancelleria della documentazione relativa all'esito della vendita, si spoglia del potere di sospendere la vendita in presenza di un'offerta migliorativa; e, quindi, soltanto il giudice delegato può impedire il perfezionamento della vendita ai sensi dell'art 108 l.f., ove ricorrano gravi e giustificati motivi; cioè, quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto tenendo conto delle condizioni di mercato.

Pertanto, esiste una precisa sequenza tra ruolo del curatore e ruolo del giudice delegato nel governare la vendita: il potere del curatore si esaurisce con la trasmissione degli atti al giudice delegato, a seguito della quale egli si spoglia del potere di rimettere in discussione l'aggiudicazione provvisoria, anche qualora – successivamente – pervenissero offerte migliorative; il potere del giudice delegato, che si sostituisce a quello del curatore, può essere esercitato dal momento della trasmissione degli atti ad opera quest'ultimo.

Occorre ancora precisare che il termine entro il quale può essere esercitato, dal curatore, il potere di sospensione della vendita non è codificato, ma la relativa fissazione è rimessa all'iniziativa del curatore stesso, il quale – nella normalità dei casi – lo prevede nel bando; quest'ultimo, tuttavia, rimane comunque valido – secondo la Suprema corte – anche se la previsione è omessa (cfr. Cass. 19 ottobre 2011, n. 21645).

In conclusione, è opportuno che il curatore – dopo avere celebrato la gara – si limiti a notificare il giudice delegato dell'esito della stessa, informandolo dell'eventuale aggiudicazione provvisoria, e dichiarando – nel contempo – che egli ritiene conveniente – ove, nel termine revisto dal bando o in un termine preferibilmente indicato nel verbale di gara, pervenga offerta irrevocabile migliorativa per un importo non inferiore al dieci per cento del prezzo di aggiudicazione provvisoria – avvalersi della facoltà di sospensione concessa dalla legge, riservandosi di depositare la documentazione relativa all'esito della procedura competitiva, ai sensi dell'art. 107, comma 5, l.f., soltanto quando l'aggiudicazione verrà dichiarata definitiva, decorso inutilmente – dalla data dell'aggiudicazione provvisoria – il termine fissato ovvero – in presenza di offerte migliorative – all'esito della nuova gara, che verrà estesa ai partecipanti originari e all'eventuale proponente in aumento (anche tale ultima previsione è bene che sia indicata nel bando).

#### 4. L'atto di trasferimento

Nell'ambito del fallimento, la vendita degli immobili può essere realizzata secondo due modalità alternative e, cioè, ai sensi dell'art. 107, comma 1, l.f. ovvero – in alternativa – del comma 2 dello stesso articolo: si fa, al riguardo, (erroneamente, ma v. *infra*) parola di modello privatistico nel primo caso e di modello pubblicistico nel secondo.

In forza del comma 1, «Le vendite e gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione sono effettuati dal curatore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate, salvo il caso di beni di modesto valore, da parte di operatori esperti, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. Le vendite e gli atti di liquidazione possono prevedere che il versamento del prezzo abbia luogo ratealmente; si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 569, terzo comma, terzo periodo, 574, primo comma, secondo periodo e 587, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile. In ogni caso, al fine di assicurare la massima informazione e partecipazione degli interessati, il curatore effettua la pubblicità prevista dall'articolo 490, primo comma, del codice di procedura civile, almeno trenta giorni prima dell'inizio della procedura competitiva».

Per effetto del successivo comma 2, «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».

L'interrogativo che occorre porsi è se una volta che sia stata scelta la modalità di cui al comma 1 sia necessario dare corso al trasferimento per il tramite di un atto notarile ovvero se sia possibile ricorrere comunque al decreto di trasferimento ad opera del giudice delegato.

Per sgombrare il campo da possibili equivoci, è bene anzitutto chiarire che la distinzione fra vendita privatistica e vendita pubblicistica è, da sempre, disattesa dalla giurisprudenza.

E così la Suprema Corte (Cass. 23 settembre 2003, n. 14103), decidendo in ordine all'inapplicabilità delle norme del Codice civile in materia di formazione del consenso, ed in particolare dell'art. 1336 c.c., ha affermato che: «La vendita fallimentare (di beni mobili disciplinata dall'art. 106 della legge fallimentare), infatti, ancorché utilizzi forme simili a quelle privatistiche tipiche dell'autonomia privata – è infatti anche possibile che al decreto di aggiudicazione e di trasferimento dei beni posti in vendita il giudice delegato deliberi

che si sostituisca la stipulazione di un atto di vendita, a ciò autorizzando il curatore – è pur sempre vendita giudiziale forzata che ha luogo nell'ambito e per le finalità della procedura, onde per gli aspetti più strettamente correlati alla finalità della liquidazione concorsuale è soggetta alla disciplina della legge fallimentare».

E, sempre la Suprema Corte (Cass. 10 dicembre 2008, n. 28984), decidendo della inapplicabilità dell'art. 1490 c.c. in riferimento a vizi di bene venduto, ha precisato che: «È, poi, abbastanza pacifico che la vendita nelle procedure concorsuali, attuando un trasferimento coattivo in virtù di un provvedimento giurisdizionale, appartenga alla categoria delle vendite forzate e non a quella delle vendite volontarie. Ne consegue, tra l'altro, che, per il chiaro disposto dell'art. 2922 c.c., non è esperibile l'impugnazione per lesione, né tanto meno è configurabile la garanzia per i vizi della cosa *ex art. 1490 c.c.*, quali quelli lamentati dall'acquirente, per come dimostrato dalla pretesa (accolta dal giudice adito) della somma occorsa per la loro eliminazione».

Infine, la Suprema Corte (Cass. 6 settembre 2006, n. 19142), in riferimento all'inadempimento dell'aggiudicatario, ha chiarito che: «È pacifico invero che la procedura di liquidazione dell'attivo fallimentare si attua nella forma della vendita coattiva, sebbene in relazione ai beni mobili, essa possa realizzarsi, a mente del disposto della L. Fall. art. 106, col sistema delle offerte private, con libertà di forma, e dunque lasciando al Giudice delegato un ampio margine di discrezionalità circa la sua attuazione, senza che ciò ne snaturi, tuttavia, la sua caratterizzazione tipica di vendita giudiziale. Se dunque, per un verso, alle offerte provenienti dagli interessati può attribuirsi natura di proposta contrattuale, com'è avvenuto nella specie, siccome la vendita è stata congegnata secondo lo schema privatistico, non ne consegue però l'effetto previsto in tema di vendita ordinaria, dal momento che la conclusione del contratto non si perfeziona con la mera accettazione del curatore, che non ha veste di parte, e la cessione, pur realizzandosi con uno strumento privatistico, resta comunque di natura forzata, realizzandosi pur sempre per il tramite di un trasferimento coattivo. Ne consegue che non può avere natura consensuale, e produce il suo effetto traslativo con il pagamento del prezzo *ex art. 540 c.p.c.*, ed il successivo provvedimento di trasferimento emesso dall'organo di direzione della procedura. (...) L'assetto di tale liquidazione resta pertanto quello tipico dell'esecuzione coattiva, nella quale possono innestarsi, entro i limiti di una ragionevole compatibilità, aspetti tipici della contrattazione privata, con la conseguenza che laddove l'aggiudicatario, melius il soggetto che abbia proposto l'offerta più vantaggiosa, con il quale il curatore sia stato autorizzato a concludere la vendita, non rispetti la sua proposta, occorre verificare non solo se tale comportamento sia colpevole, ma anche se sia di non scarsa importanza

rispetto all'interesse della procedura. Siffatto scrutinio, se risulta affermativo, legittima l'assunzione delle conseguenze previste non già dall'art. 1337 c.c., ovvero in tema di responsabilità contrattuale, bensì di quelle tipiche in materia di procedura espropriativa sancite nell'art. 587 c.p.c., che stabilisce che l'aggiudicatario che non deposita il prezzo entro il termine stabilito è sanzionato con la perdita della cauzione, e al comma 2, in combinato disposto con l'art. 177 disp. att. c.p.c., che se il prezzo che derivi dal nuovo incanto sia inferiore, è tenuto al pagamento della differenza».

Ciò chiarito, occorre richiamare la circostanza che – secondo un certo orientamento – l'impossibilità di concludere la procedura competitiva di cui al comma 1 con un decreto di trasferimento del giudice sarebbe imposta dalla scelta del legislatore di prevedere all'art. 108, comma 2, l.f. un autonomo e separato provvedimento del giudice delegato di cancellazione delle formalità pregiudizievoli, il cui contenuto è invece già previsto dall'art. 586, comma 1, c.p.c. per il decreto di trasferimento. E, in tale solco interpretativo, si colloca la circolare operativa del Trib. Pescara del 20 giugno 2013, che esclude espressamente la possibilità in caso di vendite competitive di avvalersi del decreto di trasferimento del giudice delegato.

La conclusione non pare tuttavia convincente e non si comprende per quale motivo non si possa prevedere, utilizzando il modello di cui all'art. 107, comma 1, l.f., una procedura in cui la selezione dell'aggiudicatario avvenga ad opera del curatore e l'atto di trasferimento sia emanato dal giudice. Non pare, in altri termini, che vi siano ostacoli insormontabili all'utilizzo di un sistema per così dire "ibrido", in cui convivono una procedura di vendita privatistica (*rectius*, pubblicistica) con un atto di trasferimento (a sua volta) pubblicistico.

In particolare, non si comprende la ragione per cui il giudice delegato – all'esito della procedura di cui all'art. 107, comma 1, l.f. – non possa emettere (nella sua completezza) il decreto di trasferimento dell'immobile, quando il successivo art. 108, comma 2, l.f., prevede espressamente che debba essere proprio (e solo) il giudice delegato a ordinare «la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo». D'altronde, l'art. 107, comma 1, l.f., delinea i caratteri (competitività, pubblicità, ecc.) della procedura di vendita e non invece le modalità tecniche del trasferimento, rimettendo queste ultime – senza vincoli di sorta – alla definizione, a cura del curatore, nell'ambito del programma di liquidazione, da approvarsi ad opera del comitato dei creditori.

Ma forse non vale la pena affrontare un percorso interpretativo invero non del tutto lineare, giacché il problema può considerarsi superato – se vi si aderisce – dalla soluzione pragmatica prospettata in un recente studio del Consiglio Nazionale del Notariato (Studio n. 16-2011/E).

Tale Studio prende le mosse dalla recensione dei requisiti di validità dell'atto di trasferimento previsti dalla vigente normativa e, in particolare, quelli relativi:

- alla regolarità edilizia ed urbanistica le cui menzioni sono imposte a pena di nullità dall'art. 46 d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 e dall'art. 40 della l. 28 febbraio 1985, n. 47;
- al certificato di destinazione urbanistica la cui allegazione agli atti di trasferimento è prevista a pena di nullità dall'art. 30 del medesimo d.p.r. 380/2001;
- alla conformità catastale prevista a pena di nullità dall'art. 29, comma 1-*bis* l. 27 febbraio 1985, n. 52, come introdotto dall'art. 19 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122;
- alle certificazioni relative al rendimento energetico dei fabbricati imposte dal d.lgs 19 agosto 2005, n. 192, nel testo vigente e dalle normative regionali eventualmente adottate dalle Regioni nell'ambito dei rispettivi ambiti territoriali.

È bene, anzitutto, chiarire che l'indicazione – nella perizia e nel bando di gara – della presenza (o dell'assenza) di tali requisiti è assolutamente necessaria, risultando strumentale ad un concreto ed efficiente svolgimento della procedura competitiva, giacché ciascuno di essi incide sul valore del bene, e – nel contempo – elimina l'“opacità informativa” che la relativa omissione potrebbe determinare.

Infatti, se è vero che il Legislatore – con riferimento ai dati edilizi ed urbanistici (art. 46, comma 5, d.p.r. n. 380/2001) – espressamente esclude la nullità per «gli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali», sul riflesso che, a differenza di avviene per le vendite privatistiche, le irregolarità urbanistiche non precludono il trasferimento del bene all'esito delle vendite forzate, è altrettanto vero che le eventuali irregolarità urbanistiche precludono ulteriori trasferimenti da parte dell'aggiudicatario. Si impone, quindi, la precisa indicazione degli aspetti edilizi ed urbanistici nella perizia e nel bando di gara, così da consentire alla platea degli interessati un'adeguata valutazione del bene, anche in termini di futura negoziabilità.

Ma, pur alla luce della citata specificazione normativa, occorre chiedersi se tale sistema – derogatorio rispetto alle ordinarie regole contrattuali – si riferisca alle sole vendite in forma giudiziaria o sia applicabile anche ai contratti di trasferimento all'esito di procedure competitive *ex art.* 107, comma 1, l.f.

Al proposito, lo Studio individua una serie di indici, i quali inducono a ritenere che il trasferimento del bene abusivo sia legittimo anche in relazione ai trasferimenti “di diritto privato” dal fallimento e segnatamente:

- la lettera della legge: è esclusa la nullità dei «trasferimenti derivanti da procedure esecutive immobiliari individuali o concorsuali» (così l'art. 40 della l. n. 47/1985), e degli «atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali» (così l'art. 36, comma 5, d.p.r. n. 380/2001). In altri termini non v'è alcun riferimento al fatto che il trasferimento consegua a provvedimento giudiziario o ad atto negoziale;

- la *ratio* delle previsioni: la funzione delle norme è quella di consentire la liquidazione del bene del debitore per far conseguire al creditore il recupero del proprio credito; tale funzione è indipendente dalla forma giuridica, di provvedimento o di atto negoziale, che assume il trasferimento;

- il costante orientamento giurisprudenziale: la giurisprudenza ha costantemente ricondotto le vendite, anche se in forma di contratto, alla disciplina sostanziale delle vendite esecutive;

- esigenze di ordine sistematico e costituzionale: apparirebbe incongrua la preclusione della vendita dell'immobile abusivo (o magari solo con dati incompleti) e perciò la frustrazione del diritto del creditore, o anche solo il ritardo nella sua attuazione, solo perché non si è espressamente scelta la liquidazione giudiziaria *ex art.* 107, comma 2, l.f.;

- ragioni di efficienza, che impongono un'interpretazione della disciplina del fallimento coerente con le esigenze di competitività che ne costituiscono l'ispirazione normativa.

Alla luce di tali considerazioni, l'atto notarile di vendita liquidativa all'esito di una procedura competitiva *ex art.* 107, comma 1, l.f., ben potrebbe essere qualificato come atto con funzione di esecuzione forzata in forma notarile; con la conseguenza che gli eventuali vizi di natura urbanistica ed edilizia non ne comprometterebbero la validità.

Relativamente alla normativa sulla conformità catastale prevista a pena di nullità dall'art. 29, comma 1-*bis*, l. n. 52/1985, nel testo vigente, non esistono deroghe espresse in riferimento alle vendite derivanti da procedure esecutive immobiliari.

Si è però sostenuto che, oltre che per i dati strutturali e funzionali già in precedenza evidenziati, non sarebbe possibile precludere la vendita in sede di esecuzione forzata a causa delle incongruenze catastali dei beni da vendere, giacché – in tal caso – una norma tributaria (quale quella in esame) ostacolerebbe l'esercizio in giudizio di un diritto sostanziale perfetto, generando anche eventuali profili di incostituzionalità per violazione dell'art. 24 Cost.

Analoghe considerazioni possono essere svolte in riferimento alla normativa sul risparmio energetico (anche nelle sue articolazioni regionali), potendosi aggiungere alle già rese considerazioni di ordine strutturale, funzionale e si-

stematico quella per cui il legislatore (in particolare, quello regionale, *ex art. 117 Cost.*) non può legittimamente porre limiti all'attuazione di un diritto soggettivo perfetto ed alla sua azionabilità in giudizio, né tantomeno frustrare o rallentare un procedimento espropriativo.

Lo Studio conclude, quindi, nel senso che non pare vi siano limiti invalicabili alla ricezione dell'atto di trasferimento di immobili per i quali vi siano irregolarità urbanistiche di varia natura, purché venga fornita adeguata *disclosure* delle stesse nei documenti relativi alla procedura competitiva bandita ai sensi dell'art. 107, comma 1, l.f.