

N. ■/2008 R.G.**TRIBUNALE DI BRINDISI****SETTORE PROCEDURE CONCORSUALI****CONCORDATO N. ■/2008 R.G.****IL GD**

rilevato che le Sezioni Unite, con una pronuncia del 2004, hanno, in un primo momento, composto, in chiave positiva, il contrasto interpretativo relativo alla compatibilità logica e giuridica dell'istituto della prelazione con le procedure concorsuali, affermando il principio per cui l'eventuale diritto di prelazione legale o convenzionale di cui sia titolare un terzo sulla *res*, oggetto di alienazione coattiva, non sarebbe destinato a venire meno e rimarrebbe esercitabile, per effetto della mera apertura della procedura di concordato preventivo in quanto, nella vigenza dell'originario assetto regolatorio delle procedure concordatarie:

1) l'ammissione del concordato o la sua omologazione non costituiscono causa di scioglimento automatico del contratto di locazione, come di tutti i contratti già in essere. Ciò, anche in considerazione della circostanza che l'imprenditore, seppur soggetto ad uno "spossessamento attenuato", conserva la disponibilità dei suoi beni, soggiacendo semplicemente ad un regime procedimentale per l'autorizzazione degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione;

2) non vi sarebbe stata una incompatibilità (logica, ne' giuridica) della prelazione con l'esecuzione del concordato (anche perché le modalità di alienazione del compendio aziendale erano lasciate alle determinazioni discrezionali dell'imprenditore (e al successivo vaglio del ceto creditorio) con conseguente piena ammissibilità della vendita a trattativa privata);

3) la prelazione non pregiudicherebbe gli interessi dei creditori, il suo esercizio venendo in rilievo quando le condizioni contrattuali di vendita ed, in particolare, il prezzo sono state concordate.

Nondimeno, all'indomani dell'arresto giurisprudenziale, si è evidenziato come la previsione della prelazione, sancendo un vero e proprio privilegio procedimentale in favore del conduttore, che può attendere semplicemente l'esito della gara senza parteciparvi, è idonea a disincentivare i potenziali concorrenti dalla competizione "perché consci della possibilità di essere superati dal prelazionario".

Inoltre, gli stessi "nel formulare le rispettive offerte migliorative", non conoscono "fino a quale rialzo il prelazionario è disposto ad esercitare il suo diritto".

Inoltre, si è evidenziato come il diritto di prelazione "presupponga il carattere di volontarietà di tale alienazione", laddove "le vendite nell'ambito del concordato non sono caratterizzate da volontarietà in quanto il concordato è una procedura che non ha natura privatistica". Ciò sarebbe desumibile dalla circostanza per cui assumerebbero rilievo determinante "il voto dei creditori" unitamente alla "decisione.....dell'autorità giudiziaria (la sentenza di omologazione)".

Per quanto le vendite, attuative del programma concordatario, non siano vendite forzate in senso stretto, non avvenendo contro la volontà del debitore, "producono comunque gli stessi effetti delle vendite forzate perché realizzano la garanzia.....patrimoniale", inserendosi in un contesto concorsuale che ne implica la necessaria proceduralizzazione alla luce dei principi di pubblicità e trasparenza. Esse, dunque, si iscrivono nel novero delle vendite coattive, soggette a rigorose forme e stringenti pubblicitarie, nonché ad una proceduralizzazione in chiave competitiva, che hanno lo scopo di selezionare il miglior offerente e conseguire il prezzo più alto possibile a beneficio della massa.

Ne conseguirebbe la radicale inopponibilità della prelazione nelle procedure pubblicistiche.

Tale orientamento muove anche dalla constatazione che la prelazione del conduttore, quale costruzione privatistica e tesa alla tutela di interessi individuali e disponibili, trova la propria giustificazione nella libera iniziativa e, dunque, nell'autonomia negoziale del locatore che decida di alienare l'immobile, consentendo al conduttore di subentrare nel contratto alle stesse condizioni offerte dal terzo acquirente, in funzione di tutela dell'avviamento e di stabilità del rapporto commerciale.

Nondimeno, allorquando l'alienazione del bene intervenga in un contesto concorsuale, l'operazione perderebbe ogni connotato di volontarietà: il venditore non è più un soggetto che esercita la propria autonomia privata, ma un soggetto giuridico che, per quanto titolare del bene, agisce nell'interesse collettivo dei creditori e sotto il controllo del giudice delegato.

In questo contesto procedimentale di cui deve ritenersi la natura mista ovvero pubblica e, al contempo, privata - come dimostra il progressivo innesto di elementi negoziali all'interno di uno schema in cui originariamente prevaleva l'anima pubblica - la prelazione si rivela come un elemento non solo eccentrico, ma strutturalmente incompatibile. Peraltro, ammettere che "il conduttore possa esercitare la prelazione a parità di condizioni significherebbe introdurre una preferenza soggettiva in un sistema che per sua natura è improntato all'eguaglianza dei creditori e alla neutralità delle regole di gara".

Come evidenziato da autorevole dottrina, "l'argomento, che pure viene talvolta evocato nella prassi", in favore dell'ammissibilità di tale istituto, "secondo cui la prelazione non nuocerebbe poiché esercitata "a parità di prezzo", viene, da tale impostazione concettuale, ampiamente superato.

Infatti, rileva, in chiave negativa, "la semplice possibilità che un concorrente privilegiato possa intervenire *ex post*, sostituendosi al miglior offerente, abbia un effetto disincentivante sulla partecipazione degli operatori, con la conseguenza di ridurre la competitività della procedura e, in ultima analisi, il valore di aggiudicazione".

La prelazione, infatti, "non può dirsi neutra sul piano economico", ovvero priva di un effetto economico deteriore.

Infatti, "il potenziale acquirente non investirà tempo e risorse per elaborare un'offerta se sa che un altro soggetto, titolare di un diritto di preferenza, può in ogni momento subentrargli alle stesse condizioni".

Ne conseguirebbe “la compressione del gioco concorrenziale e la diminuzione del prezzo, che si traduce in un pregiudizio diretto per la massa dei creditori”.

Tale ordine di considerazioni aveva indotto ad affermare che la prelazione del conduttore, sarebbe stata radicalmente e insanabilmente incompatibile con la vendita concorsuale;

rilevato che, secondo un più recente e condivisibile orientamento interpretativo - mediano fra le tesi, dell'assoluta incompatibilità, da un lato, e quella dell'ammissibilità dell'istituto in ambito concorsuale, dall'altra - non vi sarebbe incompatibilità fra meccanismo competitivo e riconoscimento della prelazione ex art. 38 L. n. 392/1978, nel caso di subentro del curatore in un contratto di locazione già concluso dal locatore in bonis. Per contro, laddove la stipula sia effettuata da parte del curatore, il riconoscimento di detta prelazione a favore del conduttore, per risultare compatibile con le finalità liquidatorie della procedura, deve fondarsi su una previsione espressa pattizia, non essendo sufficiente un mero rinvio contenuto nel contratto alle disposizioni in tema di locazioni (*Cassazione n. 28918/2025*);

Invero, tal ultima pronuncia - distinguendo a seconda che la prelazione sia pattuita prima o dopo l'apertura della procedura concordataria - offre importanti e condivisibili spunti ricostruttivi in relazione al tema, da tempo dibattuto, della compatibilità (logica e giuridica) del diritto di prelazione del conduttore di immobile ad uso commerciale, previsto dall'art. 38 della legge 27 luglio 1978 n. 392, con la vendita concorsuale disciplinata dall'art. 107 della legge fallimentare. Secondo la Corte, l'istituto della prelazione legale non potrebbe ritenersi ontologicamente e strutturalmente incompatibile con le vendite coattive, siano esse realizzate nelle procedure esecutive individuali ovvero nella diversa sede delle vendite competitive previste dall'art. 107 1. fall., per il sol fatto che, alla base del procedimento che innesca il meccanismo della prelazione in favore del prelazionario (nel caso in esame, del conduttore dell'immobile), vi sia una scelta volontaria del proprietario del bene, mentre nella vendita forzosa il proprietario (che coincide nella maggioranza dei casi con il debitore esecutato individualmente ovvero in concorso con tutti i creditori) subisce la liquidazione del bene in forza delle disposizioni di legge che presiedono l'espropriazione.

Se, da un lato, non si riscontra un'ontologica e strutturale incompatibilità tra i due istituti qui in esame, tuttavia, tale "compatibilità" deve essere circoscritta - per quanto riguarda la fattispecie in esame di prelazione urbana ex art. 38 l. n. 292/1978 e come già anticipato - alle ipotesi di subentro nel curatore nel contratto di locazione pendente alla data della dichiarazione di fallimento, come prevede, peraltro, l'art. 80 l. fall. che statuisce proprio il subentro *ex lege* del curatore. Diversa sarebbe la fattispecie qui in esame, ove il compendio immobiliare sia stato locato proprio dagli organi della procedura.

Il giudice di legittimità sottolinea, infatti, che, laddove la curatela stipuli un nuovo contratto di locazione dopo l'apertura di una procedura concordataria o, comunque, di natura concorsuale, nel rispetto dell'iter procedurale previsto dalla legge speciale, tale atto ha quale unica finalità quella di garantire la migliore e più celere liquidazione del bene immobile, per la tutela dei superiori interessi del ceto creditorio.

Ne consegue che, in quest'ultimo caso, il regime normativo vincolistico di cui alla l. n. 392/1978, unitamente agli interessi ad esso sottesi, diviene subvalente rispetto a quello della tutela degli interessi dei creditori concorsuali (in caso di liquidazione coattiva o, concorsuale).

Così l'eventuale prosecuzione di un contratto di locazione già in essere è volto a soddisfare superiori e obiettive esigenze di conservazione del bene e di prosecuzione di un'attività i cui frutti sono idonei a implementare la massa attiva.

Per contro, non assume rilievo o risulta, comunque, recessivo l'interesse del conduttore alla conservazione del godimento del bene; interesse che, infatti, deve essere rispettato solo nel caso che la locazione consti da atto avente data certa anteriore all'apertura della procedura. In tale contesto regolatorio, l'eventuale prelazione, condizionando la dinamica concorrenziale, appare idonea a compromettere il principio del miglior realizzo, che rappresenta la finalità primaria cui devono tendere tutte le procedure concorsuali con esito liquidatorio.

D'altronde, l'istituto di cui all'art. 38 L. 392/1978, invece, tutela un interesse meramente individuale, ovvero quello del conduttore alla continuità della propria attività e - per quanto allo stesso debba riconoscersi rango costituzionale,

presidiando “l'unificazione della titolarità dell'impresa con la proprietà dell'immobile condotto in locazione dall'imprenditore”- non può essere esteso oltre il contesto contrattuale per cui è stato concepito.

Come evidenziato dalla S.C., non si tratta di negare la meritevolezza di quell'interesse, ma di collocarlo nel giusto piano: la prelazione civile opera nell'ambito della libertà negoziale, la liquidazione concorsuale nell'ambito dell'esecuzione collettiva. Due logiche diverse, che non possono sovrapporsi.

La Corte esclude, altresì, la possibilità di un'interpretazione estensiva o analogica della prelazione ex art. 38, sottolineando come il sistema delle procedure concorsuali abbia carattere chiuso e non ammetta eterointegrazioni da parte delle norme di diritto comune se non espressamente richiamate dalla legge fallimentare (e oggi dal Codice della Crisi).

A venire in rilievo è un'incompatibilità che ha un duplice connotato, tanto funzionale quanto strutturale: funzionale perché la prelazione contraddice, logicamente, la regola della gara; strutturale perché la prelazione presuppone libertà negoziale mentre la vendita concorsuale è vincolata e conformata, nel suo svolgersi, dalla disciplina di fonte legale.

Secondo la ricostruzione della S.C., che nega l'applicabilità della l. 392 del 1978 e, quindi, dei suoi istituti, in ambito concordatario perché presupponenti la volontarietà del contratto di godimento della *res*, unica eccezione a tale principio sarebbe quella in cui la prelazione sia convenuta espressamente all'interno di un contratto, stipulato anche successivamente all'avvio della procedura concorsuale e che avrebbe natura latamente gestoria.

Invero, in via interpretativa, è stata evidenziata l'incongruenza logica di un impianto motivazionale che, dopo aver condivisibilmente, stigmatizzato l'istituto della prelazione, in seno ad una procedura concordataria, di fatto, l'ammette, con generosità, prefigurando una deroga idonea, in concreto, per la sua portata operativa, a svuotare il principio generale. Invero, un altro e diverso orientamento trae dalla tendenziale inconciliabilità logica della prelazione la conseguenza per cui la stessa degraderebbe ad un mero e incondizionato “diritto di rilancio”, da tutelare in assoluto, che il conduttore dovrebbe poter esercitare, solo partecipando alla procedura competitiva, così “aumentando così il grado di competizione con conseguente massimizzazione del ricavato”.

rilevato che l'annullamento d'ufficio di un bando di gara (come quello che introduce una vendita competitiva) risulta ammissibile ognqualvolta il Tribunale che abbia disposto la gara riconosca un vizio di legittimità nell'atto, eliminando l'atto illegittimo *ex tunc* e che lo stesso può essere disposto in autotutela per tutelare l'interesse pubblico, prima dell'aggiudicazione o anche dopo, generando l'inefficacia del decreto di trasferimento, eventualmente, *medio tempore*, emesso. Interesse pubblico alla rimozione dell'illegalità che ha inficiato la procedura e la cui tutela appare preminente rispetto ad ogni altro interesse, di segno opposto e, cioè, tendente alla conservazione della procedura;

rilevato che, nel caso di specie, la mancata pubblicizzazione della prelazione, pattuita in favore del conduttore, costituisce grave irregolarità in quanto idonea a ingenerare un quadro conoscitivo fortemente compromesso dalla non conoscenza di una clausola essenziale del contratto gestorio, stipulato con il conduttore. Come già evidenziato, è, infatti, evidente che la programmata prelazione è idonea, potenzialmente, a svuotare l'effettività della dinamica concorrenziale ponendo il prelazionario in una condizione di favore e di sostanziale privilegio, a lui essendo riservata l'ultima parola sull'aggiudicazione del bene della vita conteso. Ne consegue l'insanabile illegittimità del bando di gara e degli atti della sequenza procedimentale successivi alla sua pubblicazione per violazione del principio di legalità e di trasparenza della procedura di gara;

rilevato che proprio tale circostanza induce questo Giudice, in omaggio ai principi già enucleati, a disporre una peculiare modulazione del nuovo bando di gara nel senso di imporre la necessaria partecipazione del conduttore alla gara ai fini della doverosa alimentazione della dinamica concorrenziale. Infatti, come rilevato da Autorevole dottrina, risponde ad una massima di comune esperienza che il conduttore, partecipando alla competizione, non solo potrebbe offrire un prezzo superiore, non limitandosi "a pareggiare l'offerta dell'aggiudicatario", ma incentiverà, fisologicamente, "la competizione tra vari contendenti, la sola che assicura

il maggior prezzo e quindi la migliore soddisfazione dei creditori". Sempre nella medesima direzione finalistica, ovvero contenere l'effetto di disincentivazione della concorrenza endoprocedimentale, s'impone una delimitazione temporale dell'esercizio del diritto di prelazione. In tal senso, è necessario che il bando preveda, oltre all'onere di partecipazione del prelazionario, anche la possibilità che tale esercizio debba avvenire necessariamente in occasione della prima asta competitiva. Ciò, a pena di consumazione del suddetto "invadente" diritto potestativo (e della conseguente impossibilità del suo esercizio in occasione di successivi esperimenti di vendita);

rilevato che la mera contemplazione in seno al bando della ctu estimativa, con indiretto riferimento al contratto di locazione, originando una sorta di "rinvio di secondo grado" al contratto, costituisce una modalità di pubblicazione del tutto opaca e priva di quella necessaria trasparenza che deve informare ogni atto destinato a impegnare l'affidamento dei consociati. E ciò anche nella logica di una piena ed effettiva formazione della volontà partecipativa che è condizione stessa per il pieno dispiegarsi del *favor competitionis*;

rilevato che, come efficacemente posto in luce dalla S.C. "la regola contenuta nell'art. 2929 c.c., secondo il quale la nullità degli atti esecutivi che hanno preceduto la vendita e l'assegnazione non ha effetto riguardo all'acquirente o all'assegnatario, non trova applicazione quando la nullità riguardi proprio la vendita o l'assegnazione, cioè riguardi vizi che direttamente la concernano" e che le operazioni di vendita costituiscono parte integrante del c.d. subprocedimento di vendita, destinato a perfezionarsi solo con l'emissione del decreto. Ne consegue non solo la doverosa caducazione dell'emessa aggiudicazione ma anche la sua piena opponibilità al terzo aggiudicatario;

rilevato che, come noto, il bando di gara ha effetto di legge dell'indicenda procedura concorsuale, costituendone la *lex specialis* e contribuendo, nel caso di specie, anche a eterointegrare il contratto di locazione in essere

tra le parti (ovvero, da un lato, la procedura concordataria; dall'altra il conduttore), conformandone il rapporto;

rilevato che, per esigenze di economicità procedurale, appare opportuno prevedere un termine perentorio massimo per l'esercizio della prelazione di giorni 20 e che il saldo prezzo, in applicazione analogica della disciplina dell'esecuzione immobiliare, debba essere versato entro il termine perentorio di 120 giorni (decorrente, per l'aggiudicatario, dalla chiusura della gara, con l'aggiudicazione, così come dall'eventuale esercizio della prelazione, per il conduttore); inoltre, che, ove il conduttore – che ha l'onere di partecipare alla gara per poter esercitare il proprio diritto – non partecipi alla gara, oppure non eserciti la prelazione nei termini indicati oppure non paghi il saldo prezzo nel termine di 120 gg, lo stesso decada da ogni suo diritto in relazione al bene che rimarrà in capo all'aggiudicatario partecipante all'asta (non prelazionario);

PQM

1. annulla l'avvenuta aggiudicazione con immediata restituzione della cauzione all'aggiudicatario;

2. dispone l'immediata riedizione della gara che dovrà essere bandita entro il mese di febbraio p.v., nel rispetto dei 60 giorni previsti per la pubblicità sul Pvp;

3. prescrive che il bando contenga i suddetti contenuti obbligatori, a pena di nullità.

Brindisi, 23.12.2025

IL GIUDICE