



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in
Giurisprudenza
Anno Accademico 2022/2023

**LE VICENDE CIRCOLATORIE DELL'AZIENDA A TITOLO
DEFINITIVO E PROVVISORIO:
PROFILI CONTROVERSI**

Relatore: Chiar.mo Prof. Vincenzo Antonini

Laureanda: Serena Rigo

Matricola: 1198158

INDICE

<u>INTRODUZIONE.....</u>	<u>- 1 -</u>
---------------------------------	---------------------

CAPITOLO 1

CESSIONE D'AZIENDA: LA VICENDA CIRCOLATORIA A TITOLO DEFINITIVO

1.1. PANORAMICA SULLA CESSIONE D'AZIENDA.....	- 3 -
1.1.1. Tipologia e caratteristiche dell'operazione di cessione d'azienda.	- 3 -
1.1.2. Motivazioni e vantaggi della cessione d'azienda.	- 8 -
1.2. ASPETTI CIVILISTICI.	- 9 -
1.2.1. Contratto – credito – debito: profili controversi.	- 9 -
1.2.1.1. (Segue). La responsabilità del cessionario per i debiti dell'azienda ceduta: compatibilità con l'accollo.	- 14 -
1.3. IL CONTRATTO DI CESSIONE D'AZIENDA.....	- 20 -
1.3.1. L'apposizione di clausole per la salvaguardia degli interessi dei contraenti.-	20
-	
1.3.1.1. (Segue). Il contratto di cessione d'azienda con riserva di proprietà.....	- 23 -
1.3.2. Il regime di forma e di pubblicità: il secondo comma dell'art. 2556 c.c. dopo la Legge Mancino.	- 30 -
1.3.2.1. (Segue). Le teorie sulla forma notarile della cessione d'azienda.	- 32 -
1.3.2.2. (Segue). Efficacia positiva e negativa dell'iscrizione nel registro delle imprese.....	- 36 -
1.3.3. L'effetto naturale del contratto: il divieto di concorrenza.	- 40 -
1.3.3.1. (Segue). Il regime di derogabilità.	- 44 -
1.3.3.2. (Segue). L'operatività del divieto in altre operazioni straordinarie: cenni in merito alla scissione.....	- 44 -

CAPITOLO 2
AFFITTO D’AZIENDA: LA VICENDA CIRCOLATORIA A TITOLO
PROVVISORIO

2.1. PANORAMICA SULL’AFFITTO D’AZIENDA.....	- 48 -
2.1.1. Tipologia e caratteristiche dell’operazione di affitto d’azienda.	- 48 -
2.1.2. Motivazioni e vantaggi dell’affitto d’azienda.....	- 50 -
2.2. QUESTIONI INTERPRETATIVE CONTROVERSE.....	- 54 -
2.2.1. Il confine tra affitto d’azienda e locazione immobiliare.....	- 54 -
2.2.2. L’immissione nel godimento dell’affittuario tra l’obbligo di gestione e l’obbligo di conservazione del valore dell’azienda complessivamente inteso.....	- 58 -
2.2.3. Le sorti del patrimonio d’impresa nel rapporto progressivo “concedente – affittuario”.....	- 62 -
2.2.3.1. (Segue). Le sorti del patrimonio d’impresa nel rapporto regressivo “affittuario – concedente”: la retrocessione del contratto d’affitto d’azienda.....	- 68 -
2.3. GLI ONERI DI FORMA E DI PUBBLICITÀ: LA TUTELA DELL’AFFIDAMENTO DEL TERZO.....	- 75 -
2.4. IL DIVIETO DI CONCORRENZA.....	- 77 -
2.5. IL CONTRATTO <i>RENT TO BUY</i>.	- 79 -
2.5.1 Dal <i>rent to buy</i> immobiliare al <i>rent to buy</i> aziendale.	- 80 -
2.5.2. Le caratteristiche del <i>rent to buy</i>	- 83 -

CAPITOLO 3
IL TRASFERIMENTO DELL’AZIENDA NELLA CRISI D’IMPRESA

3.1. IL PERCORSO EVOLUTIVO DELLA CRISI D’IMPRESA.....	- 86 -
3.1.1. Dalla Legge fallimentare al nuovo Codice della Crisi d’impresa e dell’insolvenza: qualche cenno.....	- 88 -
3.1.2. Il contratto d’affitto come strumento nella gestione della crisi d’impresa e dell’insolvenza.	- 89 -
3.2. L’AFFITTO DI AZIENDA E IL CONCORDATO PREVENTIVO.....	- 91 -
3.2.1. <i>Excursus</i> normativo del concordato preventivo.	- 91 -

3.2.1.1. (Segue). Il concordato preventivo tra liquidazione e continuità. I concordati misti.	- 93 -
3.2.2. Il concordato preventivo con continuità aziendale indiretta: il dibattito giurisprudenziale e dottrinale in tema di affitto d'azienda.	- 97 -
3.3. L'AFFITTO D'AZIENDA E LA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE.....	- 103 -
3.3.1. L'affitto d'azienda endoconcorsuale.	- 104 -
3.3.1.1. (Segue). Il diritto di prelazione dell'affittuario.....	- 107 -
3.3.1.2. (Segue). La retrocessione dell'azienda affittata.....	- 109 -
3.3.2. L'affitto d'azienda pendente.....	- 111 -
3.3.2.1. (Segue). I nodi irrisolti: il rinvio all'art. 212, comma 6, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.	- 113 -
<u>CONCLUSIONI.....</u>	<u>- 115 -</u>
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	<u>- 119 -</u>
<u>SITOGRAFIA</u>	<u>- 131 -</u>
<u>GIURISPRUDENZA.....</u>	<u>- 131 -</u>

INTRODUZIONE

L'azienda viene definita come un complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio d'impresa la cui peculiarità si riscontra nel rapporto di natura complementare e strumentale intercorrente tra i beni stessi per il conseguimento di un determinato fine produttivo. Tale complesso appare però mutevole, rendendo la composizione aziendale inevitabilmente variabile per effetto di vicende giuridiche, in merito alle quali il mantenimento nonché la conservazione dell'assetto organizzativo e produttivo dello stesso sono da considerare esigenze fondamentali. Unitariamente considerata, l'azienda si presta dunque ad essere oggetto di vicende circolatorie il cui scenario è alquanto eterogeneo. Nel contesto in continua evoluzione del mercato attuale, le strategie di volta in volta adottate per trasferire attività commerciali sono invero diventate una componente fondamentale delle dinamiche imprenditoriali.

Oggetto del presente elaborato sono, quindi, due operazioni contraddistinte non solo da una spiccata rilevanza giuridica ma anche pratica, poiché manifestazioni di un interesse imprenditoriale volto alla ricerca costante di modalità alternative per una gestione quanto più efficiente e proficua possibile delle proprie risorse: la cessione d'azienda e l'affitto d'azienda.

L'obiettivo che tale indagine si pone è dunque l'approfondimento degli aspetti rilevanti delle appena citate vicende commerciali, non trascurando, in ragione della diversa natura che le differenzia, i profili maggiormente controversi che possono emergere tanto in sede ordinaria quanto concorsuale.

Nel primo capitolo, a seguito di un inquadramento generale in merito alle caratteristiche essenziali della vicenda traslativa a titolo definitivo quale appunto la cessione d'azienda, si propone un'attenta analisi degli aspetti civilistici peculiari che possono con facilità sollevare questioni interpretative non di pronta soluzione.

Individuare con esattezza il contenuto del compendio aziendale che forma oggetto del fenomeno circolatorio è operazione non immediata e, dagli studi che si occupano della materia, tematiche alquanto controverse appaiono le sorti dei rapporti

contrattuali, avendo particolare riguardo a quelli di lavoro subordinato, e delle posizioni debitorie pendenti al momento del trasferimento.

La problematicità della fattispecie non può non essere affrontata anche con riferimento all'affitto d'azienda, a cui si dedica nel secondo capitolo una disamina approfondita soprattutto alla luce della retrocessione della stessa vista la natura provvisoria che contraddistingue la vicenda in generale.

Il terzo e ultimo capitolo affronta, infine, la delicata ipotesi in cui si adotti, in un contesto caratterizzato da forti squilibri e da evidenti criticità come quello della crisi d'impresa, un contratto di affitto d'azienda in quanto ritenuto strumentale al risanamento del complesso. Dopo aver evidenziato la compatibilità di tale operazione con le finalità sottese al nuovo regime concorsuale, in un'ottica di generale preferenza verso soluzioni che prediligano il funzionamento dell'azienda piuttosto che la disgregazione atomistica della stessa, si ritiene doveroso porre l'accento anche sulla concreta operatività di un siffatto contratto, *in primis*, con riferimento al concordato preventivo, ripercorrendo inevitabilmente un lungo dibattito concernente il vaglio di adeguatezza dell'affitto d'azienda in merito all'ipotesi concordataria con continuità aziendale e, in seguito, alle diverse casistiche riguardanti la liquidazione giudiziale e la posizione del curatore a seconda che l'adozione del contratto in esame risulti antecedente all'apertura dell'appena citata procedura ovvero sia volontariamente da quest'ultimo impiegato, soffermando l'attenzione sulle controverse sorti dei debiti maturati durante la vigenza del contratto d'affitto e non ancora esauriti al momento della retrocessione alla procedura.

CAPITOLO 1 – CESSIONE D’AZIENDA: LA VICENDA CIRCOLATORIA A TITOLO DEFINITIVO

1.1. PANORAMICA SULLA CESSIONE D’AZIENDA.

1.1.1. TIPOLOGIA E CARATTERISTICHE DELL’OPERAZIONE DI CESSIONE D’AZIENDA.

La cessione d’azienda rientra tra le possibili operazioni mediante le quali si realizza un mutamento sostanziale del titolare dell’attività. Si tratta di una scelta imprenditoriale che risponde a diverse motivazioni ma che consente il trasferimento a titolo definitivo della proprietà ¹ dell’intera azienda o di una parte di essa – il c.d. ramo d’azienda – mediante la stipulazione di un contratto.

Per ottenere una panoramica sui requisiti e sulle caratteristiche principali della cessione d’azienda – come anche dell’ulteriore vicenda quale l’affitto d’azienda – è necessario analizzare preliminarmente cosa si intenda per trasferimento.

Partendo dalla disciplina civilistica emerge come questa sia impostata verso la regolamentazione delle vicende circolatorie che possono interessare un’azienda, la cui fattispecie principe è la cessione delle posizioni giuridiche diversificate relative a ciascun bene aziendale che fanno capo all’alienante ².

La nozione di trasferimento così come attualmente vigente nel nostro ordinamento è stata però oggetto di un’evoluzione normativa influenzata in maniera profonda dal diritto europeo. Non essendo questa la sede per un’analisi approfondita del tema, si vuole fornire una veloce disamina dell’*iter* normativo nell’ottica di

¹ Cfr. CIAN M., *Il complesso organizzato e la “circolazione” dell’impresa*, in *Diritto commerciale*, a cura di Cian, vol. I, Torino, 2020, pag. 141 secondo cui l’art. 2556 c.c. introduce una nozione atecnica di proprietà, intendendo per questa la titolarità di diverse posizioni giuridiche (proprietà, usufrutto, diritto personale di godimento) dal momento in cui l’imprenditore può godere a vario titolo dei beni componenti il complesso aziendale.

² Cfr. CIAN M., *op. cit.*, pag. 143; si veda anche COLOMBO G.E., *L’azienda*, in *Tratt. diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, diretto da Galgano, vol. III, Padova, 2017, pag. 10 ss.

individuare i requisiti necessari per configurare un'operazione come cessione d'azienda.

Con l'art. 1 del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18 si rinviene una prima definizione di trasferimento d'azienda mediante l'introduzione del quinto comma dell'art. 2112 c.c. Attuativo della direttiva comunitaria 2001/23/CE, il decreto è espressione di una generale tendenza alla conformazione delle nozioni e del novero delle fattispecie appartenenti al diritto commerciale ad esigenze pratiche e concrete. Il motivo principale che ha spinto il legislatore nazionale a conformarsi è stato quello di assicurare la protezione degli interessi tanto individuali quanto collettivi dei lavoratori coinvolti a fronte di operazioni che non si identificano più solo con il trasferimento dell'intera azienda ma che si connotano per caratteristiche più particolari e specifiche. Se da un lato, infatti, si è estesa la fattispecie di cui all'art. 2112 c.c. includendo come bene oggetto di trasferimento il *ramo d'azienda e qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata (...) a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato, ivi compreso l'usufrutto o l'affitto d'azienda*, dall'altro, si è voluto perseguire lo scopo di modificare la disciplina adattandola per quanto possibile alla tutela dei lavoratori coinvolti nella dinamica del trasferimento³. Ulteriore estensione del novero di fattispecie appartenenti al trasferimento si ha con l'art. 32 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 che vi include anche i casi di fusione⁴.

Prestandosi a regolare diverse fattispecie, il trasferimento d'azienda si connota quindi per la sua trasversalità con la conseguenza che a seconda dell'operazione che le parti vogliano porre in essere l'oggetto del trasferimento può essere tanto la proprietà dei beni aziendali quanto dei diritti reali o personali di godimento⁵.

³ Cfr. MARESCA A., *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, vol. II, Milano, 2005, pag. 88.

⁴ Cfr. IANNIRUBERTO G., *Problematiche del trasferimento d'azienda*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, vol. II, Milano, 2005, pag. 3.

⁵ Cfr. CIAN M., *op. cit.*, pag. 143 secondo cui il trasferimento d'azienda rappresenta un sottotipo contrattuale e trasversale ai diversi modelli negoziali cui i contraenti possono optare.

Il mutamento nella titolarità dell'azienda, che si concretizza nella sostituzione sostanziale della figura imprenditoriale, è requisito costitutivo e comune alle diverse fattispecie che consentono la configurazione di un trasferimento da valutare congiuntamente ad un requisito oggettivo di conservazione dell'identità aziendale che si realizza nella continuità dell'esercizio d'impresa finalizzata al raggiungimento di un determinato scopo ⁶.

Affinché l'operazione di cessione d'azienda si realizzi è quindi necessario l'ulteriore requisito della preesistenza e dell'autonomia la cui sussistenza si evince da una valutazione complessiva dei beni facenti parte del complesso aziendale, tra loro in un rapporto di interdipendenza e strumentalità.

Se il profilo soggettivo deve essere accertato caso per caso, il profilo relativo all'obiettiva consistenza dei beni si presta a delle riflessioni dalle quali emerge un evidente legame con le teorie relative alla concezione giuridica dell'azienda, sebbene sia prevalente, soprattutto nell'ottica della cessione d'azienda, la teoria universalistica secondo cui il complesso aziendale è da considerare un bene distinto dalle sue componenti ⁷. Tale concezione prende il nome dalla qualificazione dell'azienda come *universitas* i cui elementi qualitativi e patrimoniali risultano differenti rispetto a quelli dei singoli componenti aziendali con la conseguenza che il fine produttivo non viene realizzato singolarmente da ciascun bene ma dall'insieme di questi in un'ottica funzionale e organizzata. Questo comporta una considerazione del complesso qualitativamente e patrimonialmente diversa – e anche superiore – rispetto ai singoli componenti dello stesso ⁸. Si deve però evidenziare come nell'ambito di una cessione d'azienda non necessariamente tutti i beni appartenenti al complesso devono essere

⁶ Cass. civ., Sez. lavoro, 4 aprile 2001, n. 5025, in *NGL*, 2001, 652; Cass. civ., Sez. lavoro, 3 maggio 2000, n. 5550, in *RGL*, 2001, II, 67; Cass. civ., Sez. III, 23 settembre 2015, n. 18805, in *Foro It.*, 2016.

⁷ In tal senso Cass. civ., Sez. trib., 12 novembre 2021, n. 33969, in *CED Cassazione*, 2021: “L'azienda viene ad identificarsi non già nel complesso di beni che la compongono, ma piuttosto nella loro organizzazione e, dunque, nell'insieme dei collegamenti funzionali posti tra i singoli beni aziendali”.

⁸ Cass. civ. Sez. trib., 12 novembre 2021, n. 33969, in *CED Cassazione*, 2021; in dottrina, tra i sostenitori della teoria universalistica, v. BONFANTE G., COTTINO G., *L'imprenditore*, in *Tratt. Cottino*, vol. I, Padova, 2001, pag. 620 ss.; PUGLIATTI S., *Riflessioni in tema di universitas*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pag. 955 ss.; TOMMASINI R., *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986, pag. 74 ss.

trasferiti: questo aspetto si coglie con particolare riferimento alla disciplina di crediti e debiti, la quale prevede espressamente la possibilità per le parti di pattuire la loro esclusione dall'operazione di trasferimento⁹. Questa circostanza ha portato parte della dottrina ad accogliere la concezione atomistica dell'azienda, secondo cui la si interpreta come pluralità di beni distinti il cui collegamento ha una mera natura funzionale. L'imprenditore si troverebbe, quindi, ad essere titolare di una somma di diritti, ciascuno facente riferimento al singolo bene considerato nel complesso aziendale¹⁰.

In vista della redazione e successiva stipulazione del contratto di cessione d'azienda l'autonomia contrattuale delle parti potrebbe quindi generare delle problematiche in termini di inclusione o meno dei beni materiali e immateriali appartenenti al complesso: in linea generale si può affermare che risulta sufficiente che le parti intendano trasferire l'azienda perché l'effetto traslativo si verifichi con riferimento a tutti i singoli beni che la compongono¹¹ ma si deve prendere in considerazione che le stesse possano anche optare per l'esclusione di uno o più beni dall'operazione di trasferimento. Quest'ultima ipotesi può legittimamente configurare cessione d'azienda solo se i beni per i quali si pattuisca l'esclusione dal trasferimento non siano considerati essenziali¹² e preservino il requisito dell'organizzazione così da dimostrarne l'idoneità all'esercizio d'impresa¹³. Si precisa, infatti, che l'esclusione

⁹ In tal senso Cass. civ., Sez. III, 15 febbraio 1979, n. 1001, in *Giust. civ. Mass.* 1979, fasc. 2: “È consentito ai contraenti di pattuire che le passività e i crediti dell'azienda siano esclusi dalla cessione, senza peraltro che ciò determini un'alterazione concettuale e giuridica della nozione di azienda”; in dottrina, tra i sostenitori della teoria atomistica, COLOMBO G.E., *L'azienda e il suo trasferimento*, in *Tratt. Galgano*, vol. III, Padova, 1979, pag.12.

¹⁰ In tal senso, ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, pag. 318-320; COLOMBO G.E., *La cessione d'azienda: lineamenti generali*, in *Cessione ed affitti di azienda alla luce della più recente normativa*, *Atti del Convegno di Milano del 22 ottobre 1994*, Milano, 1995, pag. 11-14; AULETTA G.G., *Dell'azienda*, in *Comm. cod. civ.*, Bologna – Roma, 1960, pag. 19-25.

¹¹ Cass. civ., Sez. II, 27 marzo 1996, n. 2714, in *Mass. Giur. It.*, 1996: “La cessione dell'azienda ha carattere unitario ed importa il trasferimento al cessionario di tutti gli elementi costituenti l'universitas, senza necessità di una specifica pattuizione nell'atto di trasferimento”.

¹² In dottrina cfr. COLOMBO G.E., *op. cit.*, pag. 31; in giurisprudenza Cass. civ., Sez. I, 9 luglio 1992, n. 8362, in *Comm. Trib. Centr.*, 1992.

¹³ Cass. civ., sez. I, 9 ottobre 2009, n. 21481, in *Mass. Giur. It.*, 2005: “Vero è che l'ipotesi della cessione di azienda ricorre anche nel caso in cui il complesso degli elementi trasferiti non esaurisca i beni costituenti

di un bene considerato essenziale non rende il negozio invalido ma semplicemente non qualificabile come cessione d'azienda con conseguente inapplicabilità della disciplina speciale degli artt. 2556 e seguenti c.c. La conclusione a cui si può quindi giungere è che, a prescindere che venga trasferita l'intera azienda o una sola parte di essa, il complesso ceduto deve essere di per sé finalizzato a propri all'esercizio dell'attività d'impresa ¹⁴.

Valutare poi se le parti abbiano inteso trasferire l'azienda in toto o in parte o solamente alcuni dei singoli beni ad essa appartenenti, soprattutto qualora non emerga una dettagliata indicazione dei beni aziendali che si intendono trasferire, non è sempre operazione facile e usare come criterio il *nomen iuris* che le parti hanno dato all'operazione non è sufficiente per risolvere la problematica in un senso o nell'altro ¹⁵.

La distinzione tra cessione d'azienda e trasferimento dei singoli beni potrebbe risultare ancora più complicata nell'ipotesi in cui si ravvisino espedienti cui potrebbero ricorrere le parti: da un lato potrebbero decidere di frazionare il trasferimento per aggirare la soggezione agli effetti previsti *ex lege* della relativa disciplina civilistica, fiscale e pubblicitaria o, al contrario, qualificare come cessione d'azienda un'operazione di trasferimento dei singoli beni per godere di vantaggi fiscali – dal momento in cui la cessione d'azienda è assoggettata ad imposta di registro e non IVA – o per evitare il necessario consenso del terzo contraente ceduto previsto per la disciplina dei singoli beni aziendali.

l'azienda o il ramo ceduti; tuttavia, per la ricorrenza di detta cessione è indispensabile che i beni oggetto del trasferimento conservino un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine, sia pure con la successiva integrazione del cessionario, all'esercizio dell'impresa"; Cass. civ., Sez. II, 9 dicembre 2005, n. 27286, in *CED Cassazione*, 2005; Cass. civ., Sez. III, 17 aprile 1996, n. 3627, in *Mass. Giur. It.*, 1996.

¹⁴ Cass. civ., Sez. I, 9 ottobre 2009, n. 21481, in *CED Cassazione*, 2009.

¹⁵ In dottrina, tra i sostenitori dell'irrelevanza del *nomen iuris*, cfr. FERRENTINO C., FERRUCCI A., *Dell'azienda*, II edizione, Milano, 2014, pag. 33.

1.1.2. MOTIVAZIONI E VANTAGGI DELLA CESSIONE D'AZIENDA.

Le motivazioni che spingono le parti alla conclusione di un contratto di cessione d'azienda consentono di soddisfare interessi speculari del cedente e del cessionario.

Il cedente potrebbe trovare in questa operazione il mezzo adatto per una rapida fuoriuscita dal mercato, in quanto giunto in prossimità dell'età pensionistica o per effetto di un mutamento dei propri interessi personali e professionali senza però voler liquidare l'attività poiché ritenuta ancora valida e vitale. Mediante la cessione d'azienda, egli realizza un'occasione di investimento personale con conseguente trasferimento non solo della proprietà dell'azienda ma anche della responsabilità operativa all'acquirente, senza però – con le dovute precisazioni che seguiranno – che quest'ultimo venga gravato da passività antecedenti al trasferimento che faranno comunque capo al cedente.

La cessione d'azienda appare uno strumento mediante il quale far fronte anche a fabbisogni di capitale ritenuti necessari per sviluppare altre attività in crescita o per sanare quelle in difficoltà. In questo ultimo caso, l'azienda viene ceduta per evitare un epilogo drastico dovuto a inefficienze gestionali, cattivi investimenti o altre cause generanti una redditività inferiore a quella prospettata.

Per l'acquirente la cessione d'azienda rappresenta un'opportunità di rapida crescita in quanto, sfruttando la presenza di una struttura già organizzata e avviata, si possono incrementare le sedi produttive e integrare le fasi produttive nonché le attività in precedenza esercitate da soggetti esterni con l'obiettivo di un generale miglioramento dell'efficienza operativa e di diversificazione di quanto offerto, anche in un'ottica di espansione e di inserimento in nuovi mercati in cui ricercare nuova clientela.

L'interesse del potenziale cessionario all'acquisto dell'azienda può avere matrice anche strategica in quanto questa operazione gli consente, in tempi rapidi e con costi predefiniti, di acquisire elementi o particolari tecnologie all'avanguardia con

l'ottica futura anche di eliminare dal mercato l'azienda acquistata in quanto ritenuta un temibile concorrente, evitando così che la penetrazione di questa nelle aree di influenza commerciale del cessionario.

1.2. ASPETTI CIVILISTICI.

1.2.1. CONTRATTO – CREDITO – DEBITO: PROFILI CONTROVERSI.

L'operazione di cessione d'azienda, inserita nel più ampio fenomeno del trasferimento, trova nel codice civile la propria regolamentazione, la quale pare orientata a garantire la continuità operativa e la prosecuzione dei rapporti d'impresa a fronte del mutamento sostanziale del referente soggettivo dell'azienda. Tale disciplina, volendo regolare il patrimonio d'impresa nell'ambito di una vicenda traslativa il cui oggetto è l'azienda, adotta una prospettiva tripartita definendo singolarmente le sorti dei contratti, dei crediti e dei debiti appartenenti all'azienda rispettivamente agli artt. 2558, 2559 e 2560 c.c. delineando tipologie di relazioni giuridiche apparentemente isolate e non sovrapponibili¹⁶. Di conseguenza quindi, i rapporti derivanti da contratti a prestazioni corrispettive promesse ma non ancora eseguite da entrambi i contraenti sono soggetti ad una dinamica successoria *ex art.* 2558 c.c. tale per cui l'acquirente subentra nel rapporto – e conseguentemente anche nei debiti da esso derivanti – con l'effetto di immediata liberazione del cedente a prescindere sia dalla conoscenza da parte dell'acquirente circa l'esistenza del rapporto che dal consenso del contraente ceduto¹⁷.

¹⁶ Cfr. CIAN M., *La circolazione dell'azienda e la continuità dei rapporti d'impresa: complessità del patrimonio e articolazione delle risposte normative*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2017, pag. 954 ss. In generale sul tema, cfr. COLOMBO G.E., *L'azienda*, *op. cit.*, pag. 70 ss.; MARTORANO F., *L'azienda*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Buoncore, Torino, 2010, pag. 148 ss.

¹⁷ Cass. civ., Sez. II, 19 giugno 1996, n. 5636 in *Giur. It.*, 1997. Cfr. CIAN M., *op. cit.*, pag. 954 ss.; TEDESCHI G.U., *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da Rescigno, XVIII, 1987, pag. 44.

Il subentro dell'acquirente nei contratti trova però un'eccezione con riferimento a quelli aventi carattere personale ¹⁸, per i quali si richiede infatti il consenso del terzo contraente ai sensi della disciplina generale contenuta nel VIII capo del IV libro del codice civile. La posizione del terzo contraente viene quindi salvaguardata mediante la facoltà per quest'ultimo di recedere dal contratto in presenza di giusta causa ¹⁹ ed entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, la cui data e relativa conoscenza da parte del terzo contraente – in assenza di uno specifico obbligo previsto *ex lege* – deve essere dimostrata da chi fa valere gli effetti della cessione ²⁰.

D'altro canto, i rapporti regolati dagli artt. 2559 e 2560 c.c. fanno riferimento a posizioni creditorie e debitorie pure, intendendo con questa espressione rapporti di natura extracontrattuale ma anche contratti a prestazioni corrispettive caratterizzati da una prestazione già eseguita e dalla conseguente mancanza di una controobbligazione al momento del trasferimento ²¹. Le sorti dei debiti così come circoscritti dall'art. 2560 c.c. infatti non presentano la stessa dinamica della disposizione regolante la successione nei contratti in quanto dei debiti puri il cedente continua a rispondere,

¹⁸ Cfr. CINTOLI F., GUERRERA F., *Gli effetti legali del trasferimento*, in *I trasferimenti d'azienda*, Milano, 2000, pag. 235; in giurisprudenza, Cass. civ., Sez. lavoro, 26 febbraio 1994, n. 1975, in *Mass. Giur. It.*, 1994: “*Agli effetti dell'art. 2258 c.c. sono da considerarsi di carattere personale, e quindi esclusi dalla successione, solo quei contratti che hanno per oggetto una prestazione oggettivamente infungibile da parte del titolare dell'azienda o sono stati stipulati con particolare considerazione della personalità dell'altro contraente (...) per cui la prestazione di costui sia soggettivamente infungibile*”.

¹⁹ Cfr. AULETTA G.G., voce *Azienda*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1996, pag. 19 secondo cui la giusta causa si verifica in presenza di un mutamento delle circostanze da ritenersi rilevante nella valutazione della convenienza del contratto da esaminare sulla base di parametri oggettivi. Mediante l'esercizio del diritto di recesso il terzo contraente evita il subentro del cessionario e rinuncia egli stesso al contratto in quanto impossibilitato a mantenere il rapporto contrattuale stipulato *ab origine*; in tal senso v. anche Cass. civ., Sez. lavoro, 16 novembre 2004, n. 21678 in *CED Cassazione*, 2004.

²⁰ Cass. civ., Sez. I, 8 giugno 1994, n. 5534 in *Giur. It.*, 1995 secondo cui se cedente e cessionario riescono a dimostrare che il terzo contraente è comunque venuto a conoscenza della cessione, pur in assenza di un loro comportamento attivo, e che questa sia antecedente di oltre tre mesi rispetto alla data in cui esprime la volontà di recedere dal contratto, ecco che il suo diritto di recesso è considerato decaduto; contra BONFANTE C., COTTINO G., *L'imprenditore*, *op. cit.*, pag. 638.

²¹ Cass. civ., Sez. II, 20 luglio 1991, n. 8121 in *Foro It.*, 1992. Cfr. PETTITI D., *Il trasferimento volontario di azienda*, Napoli, 1970, pag. 47 ss.; COLOMBO G.E., *op. cit.*, pag. 70 ss.; MARTORANO F., *L'azienda*, in *Tratt. dir. comm.*, Sez. I, III, Torino, 2010, pag. 148.

salva l'ipotesi che i creditori vi abbiano consentito, con l'aggiunta, al ricorrere di specifici requisiti, della corresponsabilità del cessionario per gli stessi ²². La vicenda non è infatti irrilevante agli occhi del creditore e del cessionario in quanto il primo è esposto al rischio di inadempimento e il secondo al rischio di subire, di conseguenza, una perdita patrimoniale impattante il valore del complesso acquisito ²³.

Per quanto concerne invece i crediti, l'art. 2559 c.c. si concentra sull'efficacia del relativo trasferimento: in un'ottica di generale semplificazione rispetto alla disciplina generale di cui all'art. 1265 c.c., l'effetto verso i terzi si produce dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese anche in assenza di una formale notifica o accettazione da parte del debitore, ribadendo però il principio dell'efficacia liberatoria del pagamento compiuto al cedente da parte del debitore ceduto ignaro della cessione. Ragionando in termini di automatica trasferibilità o meno di tali relazioni, la dottrina maggioritaria accoglie il presente orientamento considerando, infatti, il trasferimento dei crediti aziendali non solo automatico sulla base della facoltativa indicazione nell'atto di cessione ma anche non necessario alla luce dell'inserimento nel contratto di una clausola di esclusione eventualmente voluta dalle parti. In dottrina questa interpretazione – coerente con la concezione universalistica ²⁴ – non è però da tutti condivisa ²⁵. Le motivazioni utilizzate per negare

²² Cass. civ., Sez. I, 16 giugno 2004, n. 11318 in *Guida al Diritto*, 2004, 39, 68: “*Il regime fissato dall'articolo 2560 del c.c. con riferimento ai debiti dell'azienda ceduta è destinato a trovare applicazione quando si tratti di debiti in sé soli considerati e non anche quando, viceversa, essi si ricolleghino a posizioni contrattuali non ancora definite, in cui il cessionario sia subentrato a norma del precedente articolo 2558, posizioni, queste, che seguono la sorte del contratto e, quindi, transitano con esso, purché non già del tutto esaurito, anche se in fase contenziosa al tempo della cessione*”; v. anche Cass. civ., Sez. II, 6 aprile 2018, n. 8539 (rv. 648012-02) in *CED Cassazione*, 2018; Cass. civ., Sez. III, 10 febbraio 2023, n. 4248 (rv. 666772-01) in *CED Cassazione*, 2023.

²³ Cfr. CIAN M., *op. cit.*, pag. 954 ss.

²⁴ Cass. civ., Sez. III, 30 giugno 2015, n. 13319 (rv. 635820) in *CED Cassazione*, 2015; Cass. civ., Sez. III, 31 luglio 2012, n. 13692 (rv. 623695) in *CED Cassazione*, 2012; Cass. civ., Sez. I, 13 giugno 2006, n. 13676 (rv. 589706) in *Mass. Giur. It.*, 2006.

²⁵ Tra coloro che sostengono la teoria del passaggio automatico dei crediti, CASANOVA M., *Impresa e azienda*, in *Tratt. dir. civ. it.*, a cura di Vassalli F., Torino, 1974, pag. 823-824; ASCARELLI T., *op. cit.*, pag. 353-354. Tra coloro che non condividono tale interpretazione, TEDESCHI G.U., *op. cit.*, pag. 50-51; FERRARI G., voce *Azienda*, in *Enc. dir. priv.*, vol. IV, Milano, 1959, pag. 272; CIAN M., *op. cit.*, pag. 954 ss. secondo cui, tra l'altro, la cessione degli stessi comporta il trasferimento della sola posta attiva mentre in capo all'alienante residuano le ulteriori relazioni giuridiche: non a caso si parla di crediti puri.

la successione *ex lege* si colgono proprio nell'importanza attribuita alla volontà negoziale delle parti, capace infatti di far venire meno tale connessione automatica²⁶. Quella delle sorti del patrimonio aziendale è infatti una questione sulla quale il nostro legislatore ha preso posizione²⁷: gli artt. 2559 e 2560 c.c. non contengono alcun riferimento ad una regola di successione, rinvenibile invece nel solo art. 2558 c.c. con la conseguenza, quindi, che l'oggetto di trasferimento nell'ambito dei crediti non si estende al rapporto contrattuale ma al mero credito – per questo considerato puro.

Così come delineati dalla normativa, gli ambiti di applicazione delle fattispecie lasciano intendere l'impossibilità di una loro potenziale sovrapposizione. Emergono tuttavia delle relazioni giuridiche che si pongono a cavallo tra le tre discipline e il sistema sembra cedevole qualora si tratti di debiti e crediti aventi fonte contrattuale. Pur essendo tale schema ormai acquisito e consolidato, si deve però ammettere che non appare sempre pacifica la classificazione di tali ipotesi all'interno delle categorie così individuate. Per tali motivi si riporta un pensiero che ha cercato di porvi rimedio che si basa sulla considerazione per cui una situazione di squilibrio economico intercorrente nei rapporti tra le parti al momento del trasferimento d'azienda preclude la loro assoggettabilità alla disciplina successoria. Leggere la cessione d'azienda in questa chiave significa, in altri termini, voler salvaguardare la neutralità dell'operazione stessa – neutralità che deve essere intesa come correlata al bisogno di mantenere inalterato l'interesse creditorio a fronte del mutamento soggettivo del titolare dell'azienda²⁸.

²⁶ Così anche Cass. civ., Sez. I, 13 giugno 2006, n. 13676, in *Mass. Giur. It.*, 2006.

²⁷ Cfr. CIAN M., *L'azienda tra diritto dei beni e regolazione dei fatti d'impresa. Prolegomena*, in *Riv. dir. comm.*, vol. I, 2016, pag. 644: si evince una presa di posizione da parte del nostro legislatore diversa e peculiare sul tema rispetto invece ad altre esperienze europee, le quali – a detta dell'autore – si sono maggiormente concentrate sul tema della responsabilità per i debiti piuttosto che sugli aspetti critici dei crediti. Di rilievo sono le analogie individuate con il sistema austriaco nella parte in cui si escludono dalla successione i rapporti aventi carattere personale ma anche le differenze con il codice tedesco in tema di accollo: la considerazione dell'art. 2560, comma 2, c.c. come inderogabile, appare nel codice tedesco derogabile su iniziativa dell'acquirente, nonostante l'autore ritenga più appropriata la costruzione italiana per la funzione di garanzia patrimoniale a cui assolve, nell'ottica anche di prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

²⁸ Cfr. CIAN M., *op. cit.*, pag. 954 ss.

A titolo esemplificativo, una tipologia contrattuale che difficilmente si presta ad essere incasellata in uno di questi compartimenti stagni è quella relativa ai contratti di durata a prestazioni reciproche periodiche con i rispettivi debiti, definiti *in praeteritum*. Si tratta di posizioni debitorie che residuano da una prestazione antecedente alla cessione d'azienda. In sé considerati, tali relazioni rientrerebbero nel campo di applicazione dell'art. 2560 c.c. ma non si può sorvolare sul fatto che derivino da contratti ancora in corso di esecuzione, assoggettabili quindi alla disciplina di successione *ex art. 2558 c.c.* Se una prima tesi opta quindi per l'applicazione dell'art. 2558 c.c. alla parte di rapporto contrattuale ancora da svolgersi e l'applicazione dell'art. 2560 c.c. ai debiti *in praeteritum* secondo una logica di differenziazione delle situazioni giuridiche che attengono al rapporto negoziale ²⁹, una seconda teoria, orientata a valorizzare gli interessi delle parti e il valore economico generale dell'operazione di cessione, ritiene di dover assoggettare l'intero rapporto contrattuale alla disciplina di cui all'art. 2558 c.c. ³⁰. Si noti però come entrambe le soluzioni non appaiano soddisfacenti alla luce di una duplice considerazione: nella prima ipotesi, infatti, si rischia di impattare negativamente sulla posizione creditoria dal momento in cui, a fronte dell'attivazione da parte del creditore stesso di rimedi attinenti alle sorti complessive del contratto, ecco che dovrebbero essere fatti valere contro un soggetto diverso rendendo la relativa pretesa più difficilmente soddisfabile; se si propende invece per l'attrazione verso la disciplina successoria, si dubita che l'equilibrio economico che dovrebbe ispirare l'operazione di cessione risulti mantenuto dal momento in cui una considerevole entità di debiti pregressi potrebbe gravare in modo non indifferente sul cessionario ³¹.

Altra situazione difficilmente qualificabile è relativa ai rapporti contrattuali eseguiti da entrambe le parti ma non ancora esauriti completamente in quanto a

²⁹ Cfr. COLOMBO G.E., *op. cit.*, pag. 78; MINNECI U., *op. cit.*, pag. 164. In giurisprudenza v. Cass. civ., Sez. I, 23 gennaio 2012, n. 840 (rv. 621241) in *CED Cassazione*, 2012.

³⁰ Cfr. FERRARA F., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1945, pag. 366.

³¹ Cfr. CIAN M., *op. cit.*, pag. 954 ss. per quanto attiene ai risvolti critici delle due teorie: in particolare, con riferimento all'ipotesi di differenziazione dei regimi si evidenzia una criticità rilevante riferita all'esperibilità da parte del creditore dell'azione risolutiva del contratto nei confronti del cessionario per l'inadempimento di un debito *in praeteritum* da parte dell'alienante.

posteriori emergono pretese risarcitorie. L'ambiguità del dato normativo ha spinto la giurisprudenza a dare una lettura estensiva dell'art. 2558 c.c. ricomprendendovi quindi, a prescindere dallo stadio di esecuzione del contratto, qualsiasi rapporto contrattuale purché non del tutto esaurito, coerentemente con la concezione universalistica dell'azienda³². Tali rapporti contrattuali però rimangono di difficile collocazione, al pari di un contratto a prestazioni corrispettive eseguite solo da una delle parti contraenti. La mancanza di equilibrio economico cerca, in conclusione, di giustificare l'inapplicabilità dell'art. 2558 c.c., registrabile anche nell'ulteriore ipotesi di esecuzione parziale se la porzione di obbligazione rimasta inadempita è capace da sola a generare squilibrio.

1.2.1.1. (SEGUE). LA RESPONSABILITÀ DEL CESSIONARIO PER I DEBITI DELL'AZIENDA CEDUTA: COMPATIBILITÀ CON L'ACCOLLO.

Partendo dalla considerazione secondo cui ci sono interpretazioni che fanno emergere dall'art. 2560, comma 2, c.c. una disciplina di favore per il creditore e questo alla luce della configurazione di una responsabilità solidale tra cedente e cessionario per i debiti dell'azienda ceduta sorti prima del trasferimento³³, si vuole ragionare sulle questioni interpretative che da essa emergono. In primo luogo, essendo già stata in precedenza delineata la nozione di debito³⁴, è necessario circoscrivere la portata della

³² Cass. civ., Sez. II, 11 agosto 1990, n. 8219 in *Mass. Giur. It.*, 1990: "La successione nei contratti previsti dall'art. 2558 c. c., nel caso di cessione di azienda, è istituito diverso dalla cessione del contratto di cui agli art. 1406 seg. c. c., in quanto può intervenire in qualsiasi fase del rapporto contrattuale, purché non del tutto esaurito, e quindi anche nella fase contenziosa, inerente ad una domanda di esatto adempimento, di garanzia per vizi o di risoluzione per inadempimento". Contra, cfr. COLOMBO G.E., *op. cit.*, pag. 71 secondo cui dare una così ampia lettura all'art. 2558 c.c. comporta l'eccessiva riduzione della disciplina di cui all'art. 2560 c.c. ai soli debiti extracontrattuali, i quali però non rientrerebbero nelle categorie delle scritture contabili.

³³ Cfr. FERRARI G., voce *Azienda*, *op. cit.*, pag. 715; SPERANZIN M., *La cessione d'azienda*, in *Tratt. contr.*, diretto da Roppo e Benedetti, vol. II, Milano, 2014, pag. 281; conforme a questa interpretazione v. anche Cass. civ., Sez. II, 21 dicembre 2012, n. 23828 (rv. 624662) in *CED Cassazione*, 2012: "La disposizione di cui all'art. 2560, secondo comma, cod. civ. (...) è dettata non solo dall'esigenza di tutelare i terzi creditori (...) ma anche da quella di consentire al cessionario di acquisire adeguata e specifica cognizione dei debiti assunti".

³⁴ Si rimanda alla pronuncia contenuta nella nota 21.

responsabilità riconosciuta in capo al cessionario esclusivamente ai debiti risultanti dai libri contabili obbligatori e questo sia per tutelare il legittimo affidamento del cessionario sia per garantire, in un'ottica più generale, l'efficace circolazione dell'azienda. Tale requisito viene interpretato in maniera restrittiva tanto in dottrina quanto in giurisprudenza³⁵ ma questa lettura, nella parte in cui eleva l'iscrizione del debito nelle scritture contabili obbligatorie a elemento costitutivo essenziale per la configurabilità della responsabilità del cessionario rendendo irrilevante la prova della sua effettiva conoscenza del debito³⁶, non appare coerente con la *ratio* della norma stessa che ricerca un equilibrio tra l'interesse del creditore a potersi soddisfare anche sul cessionario e l'interesse del cessionario ad avere un'esatta cognizione dei debiti assunti³⁷. La visione tradizionale si presta anche ad una forte critica nel caso in cui il cedente, al solo fine di eludere le ragioni creditorie, realizza un'operazione di cessione d'azienda trasferendola ad un soggetto cessionario a lui collegato omettendo intenzionalmente l'iscrizione del debito nelle scritture contabili obbligatorie così da non consentire il profilarsi della responsabilità per quest'ultimo. Se l'iscrizione dei debiti è la *condicio sine qua non* per la responsabilità del cessionario ecco che

³⁵ L'interpretazione restrittiva dei libri contabili obbligatori consiste nella loro individuazione ai soli sensi dell'art. 2114 c.c. e non ritenere integrato il requisito in presenza di scritture parziali o carenti, in assenza dei libri contabili obbligatori e ritenere che non possa essere surrogato dalla conoscenza effettiva del debito; in questo senso, v. rispettivamente Cass. civ., Sez. II, 3 marzo 1994, n. 2108 in *Boll. Trib.*, 1995; Cass. civ., Sez. II, 21 dicembre 2012, n. 23828 (rv. 624662) in *CED Cassazione*, 2012; Cass. civ., Sez. III, 3 dicembre 2009, n. 25403 in *Foro It.*, 2010. In dottrina, cfr. COLOMBO G.E., *op. cit.*, pag. 143; PETTITI D., *op. cit.*, pag. 93 ss.; RACUGNO G., *Debiti e scritture contabili nel trasferimento d'azienda*, in *Giur. comm.*, vol. II, 2013, pag. 1002 ss. In dottrina si registra anche un orientamento critico verso la tesi che nega la responsabilità del cessionario che abbia avuto conoscenza dei debiti v.: AULETTA G.G., voce *Azienda*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1996, pag. 23.

³⁶ Cass. civ., Sez. III, 10 novembre 2010, n. 22831 (rv. 614830) in *CED Cassazione*, 2010 secondo cui si privilegia un'interpretazione restrittiva sulla base della considerazione della responsabilità di un debito altrui come ipotesi eccezionale e che non si presta per questo ad un'interpretazione analogica. Bisogna però notare la presenza nel codice civile di norme derogatorie rispetto alla disciplina di cui all'art. 2560 c.c. in quanto ispirate ad un'esigenza di tutela superiore: cfr. MARTORANO F., *op. cit.*, pag. 243 in cui si individua nell'art. 2112 c.c. la responsabilità del cessionario a prescindere dall'iscrizione dei debiti nei libri contabili obbligatori per garantire tutela al lavoratore trasferito.

³⁷ Cfr. CIAN M., *op. cit.*, pag. 954 ss.; v. anche Cass. civ., Sez. III, 10 dicembre 2019, n. 32134 (rv. 656505-01) in *Società*, nota di Castelli, Bosco, 2020.

mediante la dinamica appena descritta si realizza una condotta abusiva della tutela accordata dall'art. 2560, comma 2, c.c.³⁸.

In un'ottica operativa, qualora si voglia effettivamente far valere la corresponsabilità del cessionario per i debiti aziendali, è necessario che sia il creditore a dare prova della risultanza dei debiti dalle scritture contabili obbligatorie³⁹. La difficoltà però deriva dalla circostanza per cui, non essendo documenti a cui i terzi hanno libero accesso, l'unica via possibile per reperirli e accertare la responsabilità del cessionario è richiedere il rilascio di un ordine di esibizione al quale però si può opporre il rifiuto di presentazione delle scritture⁴⁰, senza peraltro che tale comportamento sia coercibile o legittimi l'applicazione di una sanzione ma sia semplicemente oggetto di una libera valutazione del giudice dalla quale poter trarre dei meri argomenti di prova⁴¹.

Se poi si accoglie la concezione secondo cui le scritture contabili obbligatorie, come la restante documentazione d'impresa, debbano essere anch'esse oggetto di trasferimento d'azienda⁴², ecco che emerge un ulteriore profilo problematico per il creditore che consiste nell'individuazione del corretto destinatario dell'ordine di esibizione dal momento in cui la disponibilità di tali scritture dovrebbe essere non più del cedente quanto più del cessionario, il quale però può opporre di non essere ancora in possesso delle stesse, essendo necessario per la sua responsabilità non solo che i

³⁸ Tribunale Reggio Emilia, Sez. II, 7 luglio 2015, n. 964, in *I Contratti*, n. 11, nota a sentenza di Passarella, 2015, p. 969.

³⁹ Cass. civ., Sez. VI, 26 settembre 2017, n. 22418 (rv. 645725-01) in *CED Cassazione*, 2017: “Chi voglia far valere i corrispondenti crediti contro l'acquirente dell'azienda ha l'onere di provare (...) anche detta iscrizione”.

⁴⁰ Cass. civ., Sez. VI, 6 luglio 2020, n. 13903 (rv. 658498-01), in *Studium juris*, 2021, 3, 383: “In ipotesi di cessione d'azienda, poiché i creditori sociali (non avendo la disponibilità dei libri contabili del loro debitore che divenga poi cedente) al fine di provare il fondamento della loro pretesa, possono valersi unicamente dello strumento dell'ordine di esibizione emesso dal giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c. nell'ambito del giudizio instaurato nei confronti del cessionario, la relativa richiesta, in quanto funzionale alla possibilità di applicazione della responsabilità solidale ex art. 2560, comma 2, c.c., si sottrae al regime comune di discrezionalità nell'emanazione di un ordine di esibizione da parte del giudice”.

⁴¹ Cfr. MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, vol. II, Torino, 2017, pag. 256.

⁴² Cfr. TEDESCHI G.U., *op. cit.*, pag. 29.

debiti risultino dai libri contabili obbligatori ma che questi siano nell'effettiva disponibilità dell'acquirente cessionario.

Uno dei temi più dibattuti rimane però il rimando integrale alla categoria civilistica dell'accollo legale ⁴³ per spiegare il regime di corresponsabilità del cessionario per i debiti aziendali. Preliminarmente il rinvio a tale istituto si giustifica alla luce di una responsabilità che appare per entrambi i soggetti limitata – nel caso dell'accollante circoscritta al debito assunto, nel caso del cessionario ai soli debiti risultanti dai libri contabili obbligatori ⁴⁴ – e per il parallelismo tra l'art. 1273 c.c. e l'art. 2560, comma 2, c.c. nella parte in cui si prevede la liberazione del debitore originario solo se il creditore dichiara espressamente la sua volontà in tal senso.

La costruzione della responsabilità del cessionario per i debiti aziendali secondo lo schema dell'accollo legale si giustifica ulteriormente, con riferimento alla disciplina applicabile, in quanto si condivide la possibilità per il cessionario di opporre al terzo creditore le eccezioni derivanti dal negozio di trasferimento d'azienda ⁴⁵ così

⁴³ Cfr. RESCIGNO P., *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, pag. 251 secondo cui l'accollo legale comprende "le ipotesi nelle quali la legge dispone l'ingresso nel rapporto obbligatorio di un nuovo soggetto accanto o in sostituzione del debitore originario, in conseguenza di un atto o un negozio che non cade direttamente sul debito" mettendo in risalto una vicenda che prescinde dalla volontà negoziale. In dottrina, inoltre, per giustificare il rinvio all'accollo si critica la lacunosità emergente dall'art. 2560 c.c., cfr. CAMPOBASSO G.F., voce *Accollo*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988, pag. 2; COLOMBO G.E., *op. cit.*, pag. 159. Contra: cfr. MINNECI U., *Trasferimento d'azienda e regime dei debiti*, Torino, 2007, pag. 127 ss. che sostiene come, pur in presenza di una disciplina lacunosa, trasporre le regole di un altro istituto comporti un rischio legato alle diverse esigenze degli istituti coinvolti; critico è anche il contributo di MARCHETTI G., *Contratto e impresa*, n. 1, 2020, pag. 154 in *Onelegale.it* secondo cui, alla luce della tendenza a ricondurre dinamiche commerciali necessariamente alla disciplina civilistica, emergono segni di incompatibilità tra la responsabilità del cessionario per i debiti aziendali con l'accollo legale in quanto manca la valorizzazione delle differenze intercorrenti tra il cessionario corresponsabile *ex lege* per i debiti aziendali e l'accollante. Così anche in dottrina si propende per l'interazione tra il diritto civile e il diritto commerciale, rileggendo il rapporto in un'ottica relazionale: cfr. MONTALENTI P., *Il diritto commerciale, oggi: appunti*, in *Orizzonti del dir. comm.*, n. 3, 2015, pag. 8.

⁴⁴ Cfr. RESCIGNO P., *op. cit.*, pag. 274; TEDESCHI G.U., *op. cit.*, pag. 115.

⁴⁵ Cfr. COLOMBO G.E., *op. cit.*, pag. 161; MARTORANO F., *op. cit.*, pag. 238; RESCIGNO P., *op. cit.*, pag. 272; CACCAVALE C., *L'accollo ex lege dei debiti relativi all'azienda ceduta*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, pag. 505 ss. In senso favorevole anche la dottrina minoritaria che, pur nutrendo dubbi, circa la compatibilità con l'accollo, ritiene non ci siano ragioni ostative per negare la facoltà al cessionario di opporre al creditore le eccezioni relative al negozio di cessione, così come si evince dall'art. 1273, comma 4, c.c. in tema di accollo: cfr. MINNECI U., *op. cit.*, pag. 130.

come si propende per l'inapplicabilità del divieto contenuto in materia di acollo volontario che sancisce l'impossibilità per l'accollante di opporre al terzo creditore le eccezioni personali dell'accollato attinenti al rapporto di valuta ⁴⁶.

L'acollo legale del cessionario nasce come acollo di natura cumulativa ai sensi dell'art. 1273, comma 2, c.c. in cui si sancisce la mancata liberazione del debitore se non mediante espresso consenso manifestato dal creditore e ciò appare anche coerente con l'idea di continuazione dell'attività d'impresa da parte del cessionario ⁴⁷; in dottrina emergono tuttavia posizioni contrastanti con riferimento al rapporto intercorrente tra accollato e accollante facendo vacillare quindi l'adeguatezza dell'istituto dell'acollo legale alla responsabilità del cessionario. La conseguenza derivante dalla considerazione dell'acollo legale come strumento da cui deriva un'assunzione cumulativa del debito è infatti ammettere che l'obbligazione del debitore degradi a obbligazione sussidiaria ⁴⁸ con il relativo dovere in capo al creditore – una volta aderito alla convenzione di acollo – di rispettare un ordine preciso nel momento in cui decide di far valere le proprie pretese, così come ai sensi dell'art. 1268, comma 2, c.c. disciplinante la delegazione cumulativa. In altri termini, la richiesta di adempimento fatta valere dal creditore deve essere rivolta previamente all'accollante – che diventa per questo obbligato principale – e solo in un secondo momento all'accollato. Tale dinamica ben si concilia con l'interesse del debitore che la disciplina dell'acollo vuole tutelare ma solleva delle criticità se contestualizzato in una dinamica di trasferimento d'azienda dal momento in cui la mancanza di

⁴⁶ Cfr. MARTORANO F., *op. cit.*, pag. 238; anche MINNECI U., *op. cit.*, pag. 129 giustifica la non trasposizione di tale norma in materia di acollo volontario all'acollo legale guardando sempre alla *ratio* della responsabilità del cessionario per i debiti aziendali: in un'ottica di bilanciamento tra l'interesse del cessionario e l'interesse del creditore, sarebbe infatti deviante non consentire al cessionario l'opposizione di eccezioni personali dell'alienante al creditore, il quale per questo otterrebbe un vantaggio ingiustificato.

⁴⁷ A dare particolare rilievo al nesso intercorrente tra la responsabilità del cessionario e la continuità d'azienda: cfr. RESCIGNO P., *L'acollo ex lege*, in *Banca, borsa., tit. credit.*, 1954, pag. 265, CIAN M., *Rapporto fideiussorio e trasferimento d'azienda*, in *Giur. comm.*, II, 2001, pag. 550 ss.

⁴⁸ Tale affermazione si rinviene in diverse pronunce giurisprudenziali, tra cui v. Cass. civ., Sez. III, 24 maggio 2004, n. 9982 (rv. 573085), in *Il Corriere Giuridico*, n. 9, 2004, pag. 1173 con nota a sentenza di Palma; Cass. civ., Sez. II, 24 febbraio 2010, n. 4482, in *CED Cassazione*, 2010; Cass. civ., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1761 in *Mass. Giur. It.*, 2012; Cass. civ., Sez. I, 2 agosto 2022, n. 23986 (rv. 665527-01) in *CED Cassazione*, 2022.

un'indicazione circa il carattere sussidiario emergente dall'art. 2560 c.c. fa propendere per una responsabilità paritaria intercorrente tra cedente e cessionario ⁴⁹. Dubbi circa la qualificazione del cessionario come accollante legale emergono non solo nei rapporti esterni ma anche nei rapporti interni tra cedente e cessionario con riferimento alle sorti dei debiti. Se inizialmente si propendeva per il trasferimento automatico dei debiti, ci sono motivi per affermare il principio secondo cui ciascuno dei contraenti risponde personalmente dei debiti riguardanti la propria gestione escludendo, salva la sussistenza di un accordo pattizio, che la sfera di titolarità del cessionario sia destinataria dei debiti relativi all'azienda ceduta ⁵⁰. È proprio l'autonomia negoziale l'elemento da cui non si può prescindere con la conseguenza che la maggior parte della dottrina propende per limitare il campo di applicazione dell'art. 2560, comma 2, c.c. ai soli rapporti esterni ⁵¹.

⁴⁹ Cfr. COLOMBO G.E., *op. cit.*, pag. 159; CACCAVALE C., *op. cit.*, pag. 538; GRASSO B., *Delegazione, espromissione e accollo, Artt. 1268-1276*, in *Il C.C. Comm.*, diretto da Schlesinger, Milano, 2011, pag. 192. Contra MARTORANO F., *op. cit.*, pag. 239. Si noti come in realtà la precedenza del cessionario rispetto al cedente nel rispondere dei debiti dell'azienda ceduta si giustificerebbe nell'ottica della sopra citata continuità d'impresa in quanto il primo risulta in una condizione diversa e migliore per soddisfare l'interesse creditorio; tuttavia, accettare una tale soluzione trascenderebbe dal dato normativo dal quale, appunto, non emergono ragioni per giustificare l'introduzione di tale regime: cfr. MARCHETTI G., *op. cit.*, in *Onelegale.it*.

⁵⁰ Per quanto riguarda il trasferimento automatico dei debiti: Cass. civ., 15 febbraio 1979, n.1001, in *Giust. civ. Mass.* 1979, fasc. 2; Cass. civ., Sez. II, 27 marzo 1996, n. 2714, in *Mass. Giur. It.*, 1996; Cass. civ., Sez. II, 11 agosto 1990, n. 8219 in *Giur. It.*, 1990. Per quanto riguarda, invece, l'orientamento successivo: Cass. civ., 22 dicembre 2004, n. 1990 secondo cui “*la solidarietà dell'acquirente per il pagamento dei debiti dell'azienda ceduta non determina alcun trasferimento della posizione debitoria sostanziale, nel senso che il debitore effettivo rimane pur sempre colui cui è imputabile il fatto costitutivo del debito, cioè il cedente*”.

⁵¹ Cfr. AULETTA G.G., *op. cit.*, pag. 70; COLOMBO G.E., *op. cit.*, pag.136; TEDESCHI G.U., *op. cit.*, pag. 54; MARTORANO F., *op. cit.*, pag. 221; MINNECI U., *op. cit.*, pag. 50.

1.3. IL CONTRATTO DI CESSIONE D'AZIENDA.

1.3.1. L'APPOSIZIONE DI CLAUSOLE PER LA SALVAGUARDIA DEGLI INTERESSI DEI CONTRAENTI.

La cessione d'azienda è un negozio giuridico avente ad oggetto il trasferimento dell'azienda o un suo ramo che può avvenire sia a titolo gratuito che a titolo oneroso, ipotesi quest'ultima che inserisce l'operazione di trasferimento all'interno dello schema contrattuale della compravendita a cui si applica tanto la disciplina contenuta nel libro IV, Titolo III, Capo I *Della vendita* quanto la disciplina contenuta nel libro V, Titolo VIII *Dell'azienda* in tema di vicende circolatorie⁵². Il contratto di cessione si qualifica come un contratto sinallagmatico a prestazioni corrispettive – dato lo scambio del complesso organizzato dei beni contro il pagamento di un corrispettivo pecuniario – consensuale e produttivo di effetti reali ai sensi dell'art. 1376 c.c.

Il consenso delle parti che si esplicita nell'accordo, inoltre, è considerato requisito essenziale per l'esistenza e la validità del contratto alla stregua della causa, dell'oggetto e della forma⁵³. Prendendo atto della presenza di interpretazioni eterogenee relative ai requisiti contrattuali, si deve però sicuramente affermare che,

⁵² Cass. civ., Sez. II, 9 luglio 2003, n. 10767 (rv. 564902), in *Arch. Civ.*, 2004, 699 in tema di garanzia per i vizi della cosa venduta: “*In tema di decadenza dalla garanzia per vizi della cosa venduta (art. 1495 c.c.), anche nei casi di compravendita di azienda la denuncia deve seguire entro gli otto giorni dalla scoperta, onde consentire al venditore il controllo del fondamento della contestazione nell'immediatezza del manifestarsi del vizio stesso ed il sollecito apprestamento delle opportune difese, ovvero del dovuto rimedio, non solo laddove, come nella specie, si tratti di compravendita d'azienda di ridotte dimensioni, nella quale il valore di ciascuna singola componente concorra in misura rilevante alla formazione del valore del complesso, ma soprattutto ove la disfunzione della singola componente assuma autonoma rilevanza, influenzando in misura determinante sull'idoneità produttiva del complesso stesso*”.

⁵³ Cfr. IRTI N., *Idola libertatis*, Milano, 1985 che qualifica il contratto di trasferimento d'azienda come un contratto a fattispecie debole. L'autore ritiene che dall'art. 1325 c.c. si evincano due tipologie di contratto diverse: una struttura, forte, risultante dalla combinazione di quattro elementi – quali l'accordo, la causa, l'oggetto e la forma – e una struttura tripartita, debole, composta dall'accordo, dalla causa e infine dall'oggetto. È proprio in quest'ultima ipotesi che rientra il contratto di trasferimento d'azienda dal momento in cui non si pone alcun problema giuridico di forma, salvo i casi che riguardano la particolare natura del contratto o che riguardano i singoli beni.

affinché si realizzi una cessione d'azienda, il consenso delle parti deve avere ad oggetto il complesso dei beni componenti la suddetta.

Considerata l'eterogeneità di tale complesso, facendo con questo riferimento agli elementi tanto materiali quanto immateriali che compongono l'azienda, si ritiene doveroso precisare come il consenso possa modularsi in base alla consistenza dello stesso ⁵⁴.

Aspetto da non trascurare sono poi le modalità con cui le parti in sede di trattativa e successiva stipulazione del testo contrattuale salvaguardano i propri interessi, soprattutto in vista della determinazione del prezzo.

È indubbia l'applicabilità della disciplina prevista per la vendita, con la conseguenza che, a fronte dell'inadempimento del cedente di consegnare l'azienda nello stato di fatto e di diritto in cui si trova al momento della cessione – salvo che le parti dispongano diversamente – il cessionario può esperire l'azione di risoluzione, di inadempimento e di risarcimento dei danni ⁵⁵. Il cessionario in fase di redazione del contratto può tutelarsi anche mediante l'introduzione di clausole, tra le quali risultano alquanto efficaci quelle attinenti alla determinazione e al successivo pagamento del prezzo, il quale sovente necessita di adeguamenti a fronte della dinamicità

⁵⁴ Cfr. CEPPELLINI LUGANO & ASSOCIATI, *Operazioni straordinarie*, II edizione, 2020, pag. 651 ss.: si rimanda alla possibilità delle parti di escludere il subentro nei contratti, nei crediti e nei debiti aziendali in quanto considerati effetti naturali ma non essenziali del contratto. Il punto centrale di questo contributo è affermare più in generale come si può avere cessione d'azienda o di un suo ramo quando l'oggetto sia un complesso organico di beni dotato di un'attitudine anche solo potenziale all'esercizio d'impresa; v. anche in tal senso Cass. civ., Sez. I, 9 ottobre 2009, n. 21481 in *CED Cassazione*, 2009 a fronte della quale si è anche ritenuta non configurabile l'operazione di cessazione qualora l'oggetto sia il trasferimento della licenza commerciale. Avendo natura personale, il trasferimento della licenza commerciale è considerato un illecito e pertanto l'operazione non può che essere nulla. Si veda anche Cass. civ. 19 aprile 1982, n. 2411, in *Mass. Giur. It.*, 1982: “È nulla la clausola con cui le parti abbiano convenuto anche la cessione della licenza; è, invece, perfettamente valido il patto con il quale il cedente si sia obbligato nei confronti del cessionario a prestare il proprio consenso o, comunque, a compiere le attività necessarie per consentirgli di ottenere una nuova licenza, giacché tale impegno, anziché violare il principio della personalità dell'autorizzazione, è diretto proprio ad assicurarne l'osservanza”.

⁵⁵ Cfr. FERRENTINO C., FERRUCCI A., *Dell'azienda*, II edizione, Milano, 2006, pag. 186; in giurisprudenza, Cass. civ., Sez. II, 9 luglio 2003, n. 10767 (rv. 564902) in *CED Cassazione*, 2003.

caratterizzante la situazione patrimoniale dell'azienda ⁵⁶. Non è da sottovalutare, infatti, che il prezzo pattuito al momento della conclusione dell'accordo possa descrivere una situazione patrimoniale che si rivela essere diversa nel successivo momento di redazione del contratto definitivo, anche in virtù di eventi futuri ed incerti non prevedibili a priori. In assenza di clausole di adeguamento del prezzo, quest'ultimo – il cui ammontare è fissato nella fase iniziale – nel momento di redazione del contratto definitivo è già predeterminato e non suscettibile di aggiustamenti con il rischio quindi che il cessionario si trovi a dover fronteggiare una situazione patrimoniale degradata a fronte di operazioni poste in essere dal cedente volte a impattare negativamente il valore dell'azienda.

Il rischio di mancato pagamento da parte dell'acquirente cessionario è un'ulteriore circostanza da non tralasciare, soprattutto nella prospettiva di tutela delle ragioni del venditore cedente. Per salvaguardare al meglio tale interesse, le parti possono pattuire in sede di stipulazione del contratto di vendita anche l'inserimento di clausole finalizzate alla dilazione del prezzo pattuito per l'operazione di trasferimento ⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. CEPPELLINI LUGANO & ASSOCIATI, *op. cit.*, pag. 682 ss.; v. anche Cass. civ., Sez. II, 4 febbraio 2004, n. 2111 (rv. 569887) in *Arch. Civ.*, 2004, 1497; Cass. civ., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1761 (rv. 621712) in *Mass. Giur. It.*, 2008.

⁵⁷ Cfr. ROMOLI T., *Aspetti problematici della vendita con riserva della proprietà di beni immobili*, in *Notariato*, n. 2, 2003, pag. 186 evidenzia come in base al principio consensualistico ex art. 1376 c.c., l'eventuale patto di riservato dominio apposto successivamente alla stipula del contratto di vendita non può che essere nullo. Tuttavia, la situazione può essere recuperata, con riferimento ai solo beni mobili, mediante il negozio di alienazione da parte dell'ormai già compratore grazie al quale il venditore riacquista la proprietà del bene consentendogli la stipula di un nuovo contratto di vendita, questa volta con riserva di proprietà; tra coloro che sostengono la necessaria contestualità del patto di riservato dominio con il contratto di vendita, v. anche cfr. GRECO P., COTTINO G., *Della vendita*, in *Comm. del cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, vol. II, Bologna-Roma, 1981, pag. 436. Contra BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1962, pag. 606 che invece ammette l'apposizione successiva del patto in quanto avente carattere accessorio.

1.3.1.1. (SEGUE). IL CONTRATTO DI CESSIONE D'AZIENDA CON RISERVA DI PROPRIETÀ.

Alternativa che ben si colloca nel moderno scenario produttivo vista la funzione di finanziamento e di tutela dell'acquirente a cui assolve ma che ha suscitato tanto in dottrina quanto in giurisprudenza un acceso dibattito circa la sua applicabilità è infatti l'istituto civilistico della vendita con riserva di proprietà, mediante il cui schema l'acquirente viene immesso immediatamente nel godimento del bene ma acquista la proprietà di questo solo a seguito del versamento dell'ultima rata con cui ha dilazionato il pagamento del prezzo pattuito. Sebbene sia cristallina non solo l'applicabilità di tale istituto alla cessione d'azienda⁵⁸ ma anche la duplice tutela consistente nella garanzia per il cedente di risolvere il contratto nel caso di inadempimento del cessionario e la possibilità per quest'ultimo di iniziare da subito l'attività assumendosi però i rischi per il danneggiamento o il perimento dei beni appartenenti all'azienda, controversa appare la natura giuridica dell'istituto – che tutt'ora non vede uniformità di vedute⁵⁹.

Tradizionalmente si riconduce la vendita con riserva di proprietà al contratto sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento integrale del prezzo⁶⁰. Tale ricostruzione parte dal considerare l'esecuzione di una prestazione – quale appunto il pagamento dell'ultima rata con cui si è dilazionato il pagamento del prezzo – come evento condizionante al cui avverarsi è subordinata la produzione degli effetti tipici

⁵⁸ Cass. civ., 28 novembre 1961, n. 2748 in *Mass. Giur. It.*, 1961.

⁵⁹ Così come evidenziate da ROMOLI T., *op. cit.*, pag. 196 ss.

⁶⁰ L'interpretazione si giustifica alla luce di una lettura analitica – e restrittiva – dell'art. 1523 c.c. che stabilisce come l'acquisto della proprietà da parte del compratore avvenga con il pagamento dell'ultima rata del prezzo; in questo senso, cfr. RESCIGNO P., voce *Condizione*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, pag. 784; COSTANZA M., *Della condizione nel contratto. Artt. 1353 – 1361*, in *Comm. Scialoja – Branca*, a cura di Galgano, Libro quarto. Delle obbligazioni, Bologna – Roma, 1997, pag. 22. In giurisprudenza, Cass. civ., 3 aprile 1980, n. 2167, in *Mass. Giur. It.*, 1980; Cass. civ., Sez. III, 15 aprile 1988, n. 2975 in *Giur. It.*, 1988; Cass. civ., Sez. II, 13 luglio 1998, n. 6813 in *Mass. Giur. It.*, 1998. Una variante particolarmente interessante è quella proposta da PELOSI A.C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, pag. 195 secondo cui l'evento dedotto in condizione sarebbe l'inadempimento del compratore: il compratore acquista il diritto di proprietà con il pagamento integrale del prezzo ma con la conclusione del contratto acquisterebbe la proprietà risolubile.

del contratto di vendita, coerentemente con l'operatività dello schema della condizione sospensiva⁶¹. Se però si guarda al rischio di perimento nonché al rischio di mancato adempimento, il contenuto dell'art. 1523 c.c. risulta incompatibile con l'apposizione di una clausola sospensiva al contratto dal momento in cui, nel primo caso, il rischio grava sul compratore e non invece sul venditore che, nell'ipotesi di vendita sotto condizione sospensiva, lo sopporta fino a che l'evento condizionante non si avvera e, nel secondo caso, si noti come il mancato adempimento – concretizzandosi nel mancato pagamento integrale del prezzo – può determinare non solo l'esperibilità da parte del venditore dell'azione di risoluzione del contratto per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c.⁶² ma anche il sorgere per l'acquirente di una responsabilità dal momento in cui ha potuto godere del bene fin dalla conclusione del contratto, responsabilità invece non configurabile in suo capo nel caso di vendita sottoposta a condizione sospensiva. Per questi motivi, dando rilevanza all'affinità intercorrente tra il proprietario del bene e il compratore nella vendita con riserva di proprietà alla luce di una stretta relazione con il bene, si è letta la vendita con riserva di proprietà come contratto sottoposto a condizione risolutiva invece che sospensiva. Con un ragionamento inverso rispetto a quello precedentemente descritto, la stipula del contratto di per sé sarebbe sufficiente per far acquistare la proprietà in capo al cessionario residuando in capo al cedente una mera posizione di garanzia che lo tutela in caso di risoluzione per inadempimento⁶³. Tuttavia, anche questa ricostruzione si

⁶¹ Cfr. AMADIO G., *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996. Cass. civ., Sez. II, 8 agosto 1990, n. 8051 in *Mass. Giur. It.*, 1990: “Per quanto la condizione costituisca di regola un elemento accidentale del negozio giuridico (...), tuttavia, in forza del principio generale della autonomia contrattuale previsto dall'art. 1322 c. c. (...) i contraenti possono prevedere validamente come evento condizionante (in senso sospensivo o risolutivo dell'efficacia) il concreto adempimento (o inadempimento) di una delle obbligazioni principali del contratto”; contra Cass. civ., Sez. II, 2 ottobre 2014, n. 20854, in *Contratti*, n. 5, 2015, p. 465 con nota di Buda: “L'adempimento di una prestazione non può essere dedotto come evento futuro ed incerto di una condizione risolutiva, in quanto appare più coerente con la previsione di una clausola risolutiva espressa, piuttosto che con la considerazione di un elemento accidentale rispetto alla vita del contratto”.

⁶² Cfr. RUBINO D., *La compravendita*, II edizione, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, vol. XXIII, Milano, 1962, pag. 430.

⁶³ Cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, pag. 526 introduce la teoria della vendita con scopo di garanzia a fronte della quale residua in capo al venditore un diritto reale tipico di garanzia essendo la proprietà passata

scontra con il dato normativo che eleva il pagamento dell'ultima rata del prezzo a momento di acquisto della proprietà. Assimilare poi il compratore nella vendita con riserva di proprietà al proprietario del bene non è immune da profili critici dal momento in cui se quest'ultimo non appare soggetto ad alcun tipo di limitazione, il primo risulta gravato non solo dall'obbligo di conservazione della destinazione del bene ma dalla conseguente decadenza dal beneficio nel caso di mutamento della stessa⁶⁴.

Si profila, dunque, la teoria della vendita obbligatoria secondo cui l'effetto reale si produce solo al momento del saldo dell'ultima rata mentre invece *medio tempore* gli effetti che si producono sono di natura obbligatoria e posti a carico tanto del venditore – ossia l'obbligo di consegna e di astensione da attività ostative e pregiudizievoli per l'acquisto – quanto dell'acquirente – ossia di pagare il prezzo nei tempi convenuti, di custodire i beni preservandone la destinazione e di sopportare i rischi in caso di perimento⁶⁵. Neanche questa teoria non convince a pieno poiché, dal momento in cui è una figura derivante dalla dottrina, viene ricondotta alle ipotesi in cui il trasferimento della proprietà non è un effetto del contratto ma l'oggetto di una specifica obbligazione a carico del venditore, previsione in realtà assente nella vendita con riserva di proprietà; in secondo luogo si puntualizza come, anche se entrambi gli istituti producono effetti obbligatori, quelli derivanti dalla vendita obbligatoria

all'acquirente dal momento di perfezionamento del contratto; RUBINO D., *op. cit.*, pag. 594 evidenzia come, per effetto della conclusione del contratto, il diritto di proprietà svolge una mera funzione di garanzia per tutelare il venditore a fronte dell'eventuale inadempimento di controparte. In giurisprudenza v. anche Cass. civ., Sez. II, 13 luglio 1998, n. 6813, in *Riv. Giur. Edil.*, 1998; Cass. civ., Sez. I, 10 gennaio 1986, n. 74 in *Mass. Giur. It.*, 1986: “Con riguardo ad un contratto sottoposto a condizione sospensiva, e che rimanga inefficace per il mancato verificarsi della condizione, la clausola che regoli gli obblighi di restituzione conseguenti a tale inefficacia non può essere soggetta ai rimedi contemplati dall'art. 1467 c. c. per l'eccessiva onerosità sopravvenuta, riferendosi questi rimedi ad un contratto efficace”. Contra, cfr. CARPINO B., *La vendita*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Rescigno, vol. XI, Torino, 1984, pag. 316 che, pur riconoscendo la funzione di garanzia del negozio, ritiene che questa si realizzi proprio nel mantenimento del diritto di proprietà in capo al venditore.

⁶⁴ Cfr. BOCCHINI F., *La vendita di cose mobili, Artt. 1510 -1530*, in *Il codice civile Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1994, pag. 307; ARICÒ G., *Clausole in tema di cessione di azienda con diritto di proprietà*, in *Notariato*, n. 5, 1999, pag. 471 ss.

⁶⁵ Cfr. GRECO P., COTTINO G., *op. cit.*, pag. 437; RUBINO D., *op. cit.*, pag. 428; GAZZARA G., *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, pag. 221.

ineriscono ad un rapporto tra le parti che nulla ha a che fare con l'oggetto del contratto a differenza invece di quelli scaturenti dalla vendita con riserva di proprietà caratteristici, come evidenziato in precedenza, di un rapporto intenso che il compratore ha con il bene.

Per ovviare alla difficile qualificazione della natura giuridica della vendita con riserva di proprietà, uno spunto di riflessione parte dalla considerazione della situazione giuridica del compratore come qualificata e avente il carattere della realtà più che dell'obbligatorietà dal momento in cui oltre ad avere il godimento e la detenzione del bene, egli si assume anche i relativi rischi rapportandosi in maniera intensa con il bene stesso ⁶⁶. Considerando quindi il momento di conclusione del contratto come momento in cui il compratore acquista un diritto reale – diverso ma strumentale al diritto di proprietà – consistente proprio nell'attribuzione a suo favore del godimento e del relativo rischio per il perimento o deterioramento dei beni e che poi si può evolvere in diritto di proprietà con il pagamento integrale del prezzo, ecco che si riesce ad inquadrare la posizione giuridica del compratore anche a fronte della mancanza di un'esplicita classificazione legislativa ⁶⁷.

Risolte le questioni attinenti la natura giuridica, l'applicazione della vendita con riserva di proprietà alla vicenda circolatoria della cessione d'azienda pone delle problematiche non indifferenti concernenti l'eterogeneità del complesso aziendale con la conseguenza che la natura stessa del bene oggetto di cessione potrebbe ostacolare la percorribilità di questa opzione ⁶⁸: si sta facendo riferimento ai beni

⁶⁶ Cfr. MAIORCA C., *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili, Art. 2643 – 2672*, in *Codice civile, Libro della tutela dei diritti, Commentario*, diretto da D'Amelio, Firenze, 1943, pag. 46.; MICCIO R., *La vendita con riserva della proprietà e gli effetti dell'inadempimento del compratore*, in *Foro it*, 1951 ritiene che il compratore sia titolare di un diritto di per sé perfetto al momento del contratto e che al momento del pagamento del prezzo semplicemente si espanda; CATTANEO G., *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, pag. 977.

⁶⁷ Cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, pag. 587; CATTANEO G., *op. cit.*, pag. 975 descrive infatti la situazione del compratore di vendita con riserva di proprietà come quella di un diritto reale di aspettativa atecnica; così anche GATTI S., *Le situazioni soggettive attive del compratore nella vendita con riserva della proprietà*, in *Riv. Dir. Comm.*, vol. I, 1965, pag. 478 ss.

⁶⁸ Cfr. ARICÒ G., *Clausole in tema di cessione d'azienda con riserva della proprietà*, in *Notariato*, n. 5, 1999, pag. 471.

consumabili, il cui utilizzo *in itinere* da parte del cessionario potrebbe determinarne il deterioramento senza possibilità per quest'ultimo di sostituirlo o eventualmente di restituirlo al cedente nell'ipotesi di risoluzione per inadempimento. La volatilità dei singoli beni aziendali ha infatti portato, in un primo momento, a negare l'applicabilità dell'istituto nella dinamica di cessione d'azienda o di un suo ramo, soluzione però messa in discussione se si accoglie la concezione universalistica dell'azienda. La compatibilità del meccanismo con questa teoria si giustifica in base a due argomentazioni giurisprudenziali⁶⁹: in primo luogo, assodata la natura di *universitas* dell'azienda alla quale viene applicato il trattamento riservato ai beni mobili, non ci sono motivi per escludere l'applicabilità del patto di riservato dominio in una dinamica in cui l'oggetto siano beni mobili appartenenti ad un plesso aziendale; in secondo luogo la configurabilità si evince a priori dalla possibile apposizione di una clausola che, in caso di inadempimento del cessionario, obblighi quest'ultimo a restituire quanto goduto o a corrisponderne l'equivalente in denaro. La collocazione che il legislatore ha voluto dare all'istituto nella sezione dedicata alla vendita di beni mobili per quanto coerente con la teoria unitaria dell'azienda genera tuttavia ulteriori criticità, in particolare con riferimento all'applicabilità della disciplina ai beni immobili registrando quindi un orientamento non concorde sul riconoscimento di tale estensione⁷⁰. Altro aspetto da considerare oltre al deterioramento dei beni

⁶⁹ Cass. civ., 28 novembre 1961, n. 2748 in *Mass. Giur. It.*, 1961: “L'azienda (...) può essere oggetto di vendita con patto di riservato dominio; (...) e così il venditore, nel caso di risoluzione per mancato pagamento del prezzo, mentre ha diritto di rivendicare gli elementi fissi dell'azienda, siano beni materiali od immateriali, e quelle merci individuate che esistenti al momento della consegna al compratore non siano state da questi vendute nell'esercizio del commercio, ha un semplice diritto di credito per la differenza tra il valore delle merci consegnate al compratore ed il valore di quella parte delle stesse merci originariamente esistenti che, al momento della revindica, siano tuttora in dotazione dell'azienda”.

⁷⁰ Cfr. RUBINO D., *op. cit.*, pag. 428; GRECO P., G. COTTINO G., *op. cit.*, pag. 431; BIANCA C.M., *op. cit.*, pag. 599; ROMOLI T., *Aspetti problematici della vendita con riserva della proprietà di beni immobili*, in *Notariato*, n. 2, 2003, pag. 186; v. anche Cass. civ., 3 aprile 1980 n. 2167, in *Mass. Giur. It.*, 1980: “La vendita con riserva della proprietà, normalmente attuata nelle compravendite mobiliari, può essere applicata anche alle vendite di immobili, ed è tipica delle vendite a rate o a credito, in cui l'effetto traslativo della proprietà viene differito al momento del pagamento dell'ultima rata di prezzo”. Contra, cfr. FERRI L., ZANELLI P., D'ORAZI FLAVONI M., *Della trascrizione. Art. 2643 – 2696*, III ed., Bologna, 1995, pag. 535 ss.

consumabili sono le conseguenze scaturenti dal mancato pagamento del prezzo rateizzato da parte del cessionario, in particolare sotto il profilo fiscale. L'inadempimento del cessionario relativo al pagamento del prezzo nel termine pattuito dalle parti nel contratto consente infatti al cedente, dal punto di vista civilistico, di chiederne la risoluzione ⁷¹. In ambito fiscale, invece, si noti come il mancato pagamento da parte del cessionario comporti il ritrasferimento della proprietà fiscale in capo al cedente ⁷². Si parla di proprietà fiscale per evidenziare il disallineamento tra la disciplina codicistica – che riconduce il trasferimento della proprietà al momento del pagamento dell'ultima rata del prezzo – e la disciplina fiscale – che invece anticipa il momento in cui è fiscalmente rilevante il trasferimento della proprietà alla stipulazione del contratto di vendita, in quanto i rischi gravano sul cessionario fin da tale momento e non dal pagamento dell'ultima rata di prezzo con conseguente irrilevanza fiscale dell'eventuale clausola di riserva di proprietà ⁷³. Assodata tale distinzione che si giustifica alla luce del diverso interesse che le discipline tutelano, la risoluzione del contratto per inadempimento in termini fiscali produce una nuova cessione d'azienda di segno opposto – dal cessionario al cedente – rispetto a quella pattuita a monte ⁷⁴, stabilendo tuttavia la responsabilità in solido del cessionario – salva la preventiva escussione del cedente – per i debiti fiscali

⁷¹ È importante sottolineare come la disciplina tuteli anche il compratore stabilendo una soglia al di sotto della quale non si configura la risoluzione del contratto e di conseguenza nemmeno la decadenza del soggetto da tale beneficio e prevedendo – per assicurare la parità tra le parti – l'intervento di un giudice volto a ridurre l'indennizzo al fine di evitare un indebito arricchimento del venditore così come disciplinato all'art. 1526, comma 2, c.c.

⁷² Risoluzione del 13 ottobre 2016, n. 91/E, Agenzia delle Entrate, Roma, in *Def.finanze.it* avente ad oggetto una vicenda di cessione d'azienda con riserva di proprietà. A fronte della trasformazione regressiva della società cessionaria e del conseguente ritardo nel pagamento di alcune rate, il quesito della società cedente nonché istante sottoposto all'Autorità riguarda le conseguenze fiscali dell'azione di restituzione dell'azienda qualora il ritardo nei pagamenti evolvesse in una situazione di mancato pagamento.

⁷³ La rilevanza riconosciuta ad un momento antecedente rispetto a quello del pagamento dell'ultima rata si evince in particolare dall'art. 109, comma 2, lettera a) del TUIR in cui si esplicita l'irrilevanza della clausola di riserva di proprietà eventualmente apposta. L'intento legislativo di introdurre una norma specifica per la vendita con riserva di proprietà è per evitare comportamenti elusivi da parte dei contribuenti.

⁷⁴ La Risoluzione specifica, inoltre, come, ai sensi dell'art. 28, comma 1, TUIR, la risoluzione del contratto derivante dall'esercizio di una clausola risolutiva espressa sia soggetta all'imposta in misura fissa in mancanza di corrispettivo.

contratti dal cedente prima della cessione anche qualora il contratto sia stato risolto e l'azienda torni in proprietà del cedente ⁷⁵. La responsabilità fiscale del cessionario, in ipotesi lecita di cessione d'azienda, si costruisce come solidale e sussidiaria, ossia configurabile solo dopo che l'escussione presso il cedente non ha portato ad un risultato soddisfacente nei limiti del valore della cessione e riferita alle imposte e sanzioni facenti capo al cedente commesse nei tre anni antecedenti il trasferimento ovvero entro i limiti del debito così come risultante dagli atti degli uffici finanziari al momento del trasferimento ⁷⁶.

⁷⁵ Cass. civ., Sez. VI – 5, 9 giugno 2015, n. 11972 in *Fisco*, n. 28, 13 luglio 2015, p. 2775 con nota a sentenza di Izzo sancisce la natura speciale dell'art. 14 del decreto legislativo n. 472 del 18 dicembre 1997 rispetto all'art. 2560, comma 2, c.c. in quanto si vuole garantire, mediante la responsabilità del cessionario, il mantenimento della garanzia patrimoniale del contribuente a seguito di un'operazione quale appunto la cessione d'azienda; v. anche Cass. civ., Sez. V, 14 marzo 2014, n. 5979, in *GT Riv. Giur. Trib.*, 2014.

⁷⁶ Cass. civ., Sez. V, 2 ottobre 2008, n. 24425 (rv. 604782) in *Mass. Giur. It.*, 2008; Cass. civ., Sez. V, 14 marzo 2014, n. 5979 in *CED Cassazione*, 2014; Cass. civ., Sez. VI, 10 aprile 2017, n. 9219 (rv. 643953-01) in *CED Cassazione*, 2017; Cass. civ., Sez. V, 29 dicembre 2020, n. 29722 (rv. 660039-01) in *CED Cassazione*, 2020: “*In tema di riscossione dei tributi, l'art. 14 del d.lgs. n. 472 del 1997 introduce misure antielusive a tutela dei crediti tributari, disposizioni speciali rispetto all'art. 2560, comma 2, c.c., dirette ad evitare, tramite la previsione della responsabilità, solidale e sussidiaria, del cessionario per i debiti tributari gravanti sul cedente, che, attraverso il trasferimento dell'azienda, sia dispersa la garanzia patrimoniale del contribuente in pregiudizio dell'interesse pubblico. Ne consegue che, nell'ipotesi di cessione conforme a legge, viene valorizzata la diligenza del cessionario nell'assumere, prima della conclusione del negozio traslativo, informazioni sulla posizione debitoria del cedente, così assumendo il primo una responsabilità sussidiaria, con "beneficium excussionis", limitata nel "quantum" e nell'oggetto; diversamente, nell'ipotesi di cessione in frode al fisco, la responsabilità del cessionario è presunta "iuris tantum", "quando il trasferimento sia effettuato entro sei mesi dalla constatazione di una violazione penalmente rilevante" e senza i limiti previsti dai per le cessioni conformi a legge*”.

1.3.2. IL REGIME DI FORMA E DI PUBBLICITÀ: IL SECONDO COMMA DELL'ART. 2556 C.C. DOPO LA LEGGE MANCINO.

In tema di regime di forma e di pubblicità, l'indagine del presente elaborato prende avvio dall'analisi del rapporto intercorrente tra i due commi dell'art. 2556 c.c. a seguito della disciplina introdotta dalla l. 12 agosto 1993, n. 310, la quale – ispirata a esigenze di repressione, a fini deterrenti, di fenomeni di riciclaggio – ha novellato il secondo comma del citato articolo con il conseguente insorgere di problematiche relative all'interpretazione dello stesso e al coordinamento con il primo comma⁷⁷.

L'analisi della disciplina codicistica fa emergere, al primo comma, tanto per le imprese soggette a registrazione quanto per quelle non assoggettate a tale adempimento, l'assenza di un obbligo di forma specifica ai fini della validità del contratto di cessione d'azienda potendosi quindi affermare la vigenza di un generale principio di libertà di forma⁷⁸. Tuttavia, il dettato normativo prevede, per le sole imprese soggette a registrazione, la forma scritta come mezzo di prova del contratto⁷⁹, in assenza della quale il contratto non è nullo ma perfettamente valido ed efficace sul piano sostanziale. La conseguenza si esplicita piuttosto sul piano processuale e consiste nel divieto di prova testimoniale – circoscritto alle sole parti del rapporto – per dimostrare l'esistenza del contratto di trasferimento d'azienda, salvo che la parte riesca a fornire la prova circa l'incolpevole perdita del documento⁸⁰. L'eterogeneità

⁷⁷ Cfr. RADICE C., *Aspetti civilistici del trasferimento di azienda dopo la "legge Mancino"*, in *Contratti* n. 5, 1994, pag. 592.

⁷⁸ Cfr. IRTI N., *op. cit.* che riprende la definizione del contratto di cessione d'azienda come contratto a fattispecie debole.

⁷⁹ Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Studio n. 5517/I*, in *Edicola Professionale* che propone una lettura del requisito di forma ad probationem alla luce delle esigenze di celerità e speditezza dei rapporti commerciali; Cass. civ., 29 aprile 1965, n. 772 in *Mass. Foro.it*, 1965: "*Nei contratti aventi per oggetto il trasferimento della proprietà o del godimento dell'azienda la forma scritta è richiesta ad probationem e non ad substantiam*".

⁸⁰ Per i profili civilistici, cfr. TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, a cura di Anelli F. e Granelli C., XXIII edizione, Milano, 2017, pag. 221; Cass. civ., Sez. Unite, 5 maggio 2020, n. 16723 in *Il caso.it*, 2021: "*l'inammissibilità della prova testimoniale di un contratto che deve essere provato per iscritto (...) non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima dell'ammissione del mezzo istruttorio*"; così anche Cass. civ., Sez. III, 30 marzo 2010, n.7765 in *CED*

del complesso aziendale è elemento che riecheggia spesso quando si tratta di analizzare le vicende circolatorie dell'azienda e infatti la sussistenza di una forma specifica stabilita dalla legge per il trasferimento di un singolo bene appartenente all'azienda – a titolo esemplificativo, un bene immobile – o la particolare natura del contratto – a titolo esemplificativo, il contratto di donazione – consentono una deroga alla regola sopra descritta. Il richiamo alle forme stabilite per il trasferimento dei singoli beni porta inoltre ad una considerazione di carattere generale: la mancanza, nel codice civile, di una disciplina circolatoria unitaria e organica⁸¹, la cui inesistenza tra l'altro non fa che avvalorare la teoria atomistica sostenuta da parte della dottrina. Qualora, quindi, il complesso aziendale si componga di beni per i quali è prevista una forma tanto ai fini di validità del negozio quanto per finalità pubblicitarie, ecco che sorgerà in capo alle parti l'obbligo di attenersi a tale previsione e il principio di libertà di forma verrà inevitabilmente meno⁸². Non è raro, infatti, che possano far parte del complesso aziendale, a titolo esemplificativo, i beni immobili per i quali è prevista la forma scritta a pena di nullità e la trascrizione ai fini dell'opponibilità dell'acquisto ai terzi acquirenti e ai creditori pignoranti.

Se il primo comma – non novellato dalla c.d. legge Mancino – rimane quindi invariato stabilendo un generale principio di libertà di forma ai fini probatori, il secondo comma – novellato – mediante l'introduzione del deposito per l'iscrizione al registro delle imprese a cura del notaio rogante o autenticante pare sancire la necessaria stipulazione dell'atto mediante la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata. Sorge quindi spontaneo interrogarsi sull'effettiva portata di

Cassazione, 2010: “l'inammissibilità della prova per testi nei contratti (...) non attiene all'ordine pubblico ma alla tutela d'interessi privati, per cui non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata, entro il termine previsto dall'art. 157, secondo comma, cod. proc. civ., nella prima istanza o difesa successiva al suo configurarsi”.

⁸¹ Cfr. COLOMBO G.E., *L'azienda, op. cit.*, pag. 35; FERRARI G., voce *Azienda, op. cit.*, pag. 698; TEDESCHI G.U., *Le disposizioni generali sull'azienda, op. cit.*, pag. 32.

⁸² Cfr. AULETTA G.G., *Dell'azienda, op. cit.*, pag. 24; CASANOVA M., *Impresa e azienda, op. cit.*, pag. 758; FERRARI G., *Azienda, op. cit.*, pag. 707; FERRARA F., *op. cit.*, pag. 350.

quest'ultimo comma, chiedendosi se tale previsione imponga o meno una forma ad substantiam ai fini della validità del contratto ⁸³.

Se infatti, dal combinato disposto degli artt. 6 e 9 della l. n. 310/1993 emerge una disciplina differente rispetto a quella originaria dal momento in cui non si parla più di obbligo di denuncia a carico delle parti per l'iscrizione nel registro delle imprese dei contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà o del godimento di azienda ma invece di deposito a cura del notaio rogante o autenticante per la suddetta iscrizione nel registro delle imprese al fine di garantire quelle esigenze di pubblicità e di trasparenza di cui la legge Mancino si è fatta portavoce mediante la conoscibilità integrale del testo contrattuale così depositato, emergono, con riferimento alla nuova disciplina, profili tanto lacunosi quanto collidenti con i principi del nostro ordinamento dal momento in cui a seguito del deposito a cura del notaio non vi è alcun obbligo espresso a carico delle parti circa l'iscrizione del contratto nel registro né tantomeno precisazioni in merito al ruolo da assegnare alla forma che deve rivestire il contratto ⁸⁴.

1.3.2.1. (SEGUE). LE TEORIE SULLA FORMA NOTARILE DELLA CESSIONE D'AZIENDA.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la disciplina introdotta dalla legge Mancino ha sollevato un acceso dibattito interpretativo di non facile soluzione a tal punto che si sono delineate essenzialmente tre teorie ricostruttive il ruolo e la valenza da assegnare alla forma notarile così come emergente dal novellato art. 2556, comma 2, c.c. ⁸⁵.

⁸³ Cfr. RADICE C., *Aspetti civilistici del trasferimento d'azienda dopo la legge Mancino*, op. cit., pag. 592; Consiglio Nazionale del Notariato, *Studio n.5517/I*, in Edicola Professionale.

⁸⁴ Cfr. RESCIO G.A., *La pubblicità della cessione d'azienda: modalità di attuazione ed effetti*, in *Cessione ed affitto di azienda alla luce della più recente normativa. Atti Milano – 22 ottobre 1994*, Milano, 1995, pag. 106.

⁸⁵ Cfr. DOLMETTA A.A., *Sulla forma notarile della cessione di azienda (art. 2556, comma 2, c.c. come novellato dall'art. 6, legge n. 310/1993)*, in *Cessione ed affitto di azienda alla luce della più recente normativa. Atti del Convegno di Milano del 22 ottobre 1994*, Milano, 1995, pag. 45 ss. L'autore ritiene le tre teorie esposte come le uniche rilevanti tra quelle che la dottrina ha prospettato, distanziandosi per

La lettura che si propone prende come riferimento la *ratio* ispiratrice della l. n. 310/1993 rapportandola alle varie teorie prospettate. L'unica di queste che appare in linea di continuità con le finalità perseguite dalla legge Mancino è la teoria che considera la forma notarile come forma richiesta ad *substantiam actus*⁸⁶. Tuttavia, il richiamo ai lavori preparatori non appare un rilievo sufficiente per sostenere l'argomentazione – soprattutto a fronte della criticata superficialità che ha caratterizzato l'iter di esaminazione e approvazione del testo della legge Mancino⁸⁷. Argomento probabilmente più accattivante si evince dalla considerazione per cui l'interpretazione del secondo comma come non introduttivo di una forma a pena di nullità comporti un distacco notevole rispetto alle nuove esigenze di tutela introdotte dalla legge n. 310/1993. Elevare la forma pubblica o autenticata a elemento imprescindibile per la validità del contratto significa, infatti, rendere invalido qualsiasi atto di trasferimento privo di tale requisito di forma perseguendo con maggiore forza l'esigenza di garantire la presenza di meccanismi di trasparenza così come voluti dalla legge Mancino⁸⁸. L'oggettività del dato normativo però non può essere ignorata: *in primis*, l'assenza di un'espressa previsione di tale vincolo ad *substantiam* nell'art. 2556 c.c., anche dopo la modifica, è argomento sostenuto dalla dottrina per negare tale ricostruzione e in secondo luogo, in virtù della permanenza invariata del primo comma, se per la prova del contratto è sufficiente che quest'ultimo rivesta la forma della scrittura privata semplice ecco che non si comprende a pieno il motivo per cui invece ai fini della validità dello stesso sia richiesta la forma ad *substantiam* dell'atto notarile⁸⁹. Tra i sostenitori della teoria secondo cui la forma notarile è prescritta a pena di nullità, tuttavia, si profila chi invece risolve tale compresenza interpretando il novellato secondo comma come abrogativo del primo, richiamando la figura

l'appunto dall'ulteriore teoria configurante la forma notarile come forma ad *probationem*, sostenuta invece da SPADA P., *La "legge Mancino" e la circolazione della ricchezza imprenditoriale: forma degli atti e funzioni di polizia*, in *Riv. dir. comm.*, vol. I, 1994, pag. 287.

⁸⁶ Cfr. Circolare Assonime del 30 agosto 1993, n. 127, in *Riv. soc.*, 1993, pag. 971; SCHLESINGER P., in TORRENTE - SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XIV edizione, Milano, 1994, pag. 654.

⁸⁷ Cfr. DOLMETTA A.A., *op. cit.*, pag. 63.

⁸⁸ Cfr. RADICE C., *Aspetti civilistici del trasferimento d'azienda dopo la legge Mancino*, *op. cit.*, pag. 592.

⁸⁹ Cfr. SPADA P., *op. cit.*, pag. 286; RADICE C., *op. cit.*, pag. 592; Circolare Assonime, *cit.*, pag. 978.

dell'abrogazione implicita di cui all'art. 15 preleggi ⁹⁰, soprattutto alla luce della considerazione per cui non ha motivo di rimanere vigente una forma probatoria di minore cogenza rispetto a quella notarile introdotta con la legge Mancino. È anche vero però che se si distinguono le finalità con cui tali formalità vengono richieste, la forma notarile non deve necessariamente determinare il venir meno del contenuto di cui al primo comma: questa lettura introduce, infatti, ad una seconda interpretazione della forma notarile, individuando la sua natura non tanto a pena di nullità quanto più come presupposto per l'iscrizione nel registro delle imprese ⁹¹. In questo modo l'ulteriore lacuna emergente dalla legge Mancino consistente nella mancanza di un espresso obbligo in capo alle parti di iscrizione del contratto nel registro delle imprese viene colmata in base alla considerazione per cui se l'obbligo di deposito, a seguito della novella, viene trasferito dalle parti al notaio rogante o autenticante, l'obbligo di iscrizione continua implicitamente a gravare sulle parti, non essendo per l'appunto mai stato messo in discussione.

Quest'ultima teoria pur rappresentativa dell'orientamento prevalente mal si concilia con l'intento perseguito dalla legge Mancino e si pone per questo all'estremo opposto rispetto alla teoria della forma notarile a pena di nullità.

La forma notarile come requisito per l'iscrivibilità nel registro dell'operazione di trasferimento viene ricondotta alla nozione di forma integrativa rispetto alla forma scritta richiesta a fini probatori ⁹² con la conseguente esenzione sul piano pubblicitario di tutti gli atti stipulati per iscritto ma privi di autentica notarile. Questa considerazione però si scontra con delle argomentazioni che privilegiano la certezza del diritto e la tutela della conoscibilità degli atti nei confronti dei terzi: l'adozione stessa della forma notarile, non essendo oggetto di un obbligo previsto dalla legge, rimane nella discrezionalità delle parti, la cui scelta potrebbe nel concreto

⁹⁰ Cfr. SCHLESINGER P., *op. cit.*, pag. 654.

⁹¹ Cfr. RESCIO G.A., *op. cit.*, pag. 107.

⁹² Cfr. LAURINI F., *op. cit.*, pag. 959; RADICE C., *op. cit.*, pag. 591 – 593; SPADA P., *op. cit.*, pag. 286; BONFANTE G., COTTINO G., *L'imprenditore*, *op. cit.*, pag. 630; Consiglio Nazionale del Notariato, *op. cit.*; GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, vol. III, Padova, 1994, pag. 81; RESCIO G.A., *op. cit.*, pag. 152. Cass. civ., Sez. I, 4 giugno 1997, n. 4986, in *Mass. Giur. It.*, 1997; così anche Cass. civ., Sez. II, 26 novembre 1997, n. 11851 (rv. 510397), in *Mass. Giur. It.*, 1997.

compromettere l'effettiva iscrizione dell'atto di trasferimento nel registro apposito ⁹³. Altro profilo problematico emerge con riferimento alla composizione del complesso aziendale da trasferire: la forma notarile non rileva ai fini della validità solo quando l'azienda è composta da beni mobili mentre nel caso in cui siano compresi anche beni immobili ecco che la forma notarile ritorna ad essere requisito ad substantiam in quanto forma richiesta per la circolazione di quei singoli beni ⁹⁴. Tale teoria, quindi, si allontana dall'intento perseguito dalla l. n. 310/1993 dal momento in cui la trasparenza dell'operazione dipende esclusivamente o dalla volontà delle parti nell'adottare o meno la forma notarile o dalla conformazione del complesso aziendale in termini di natura dei singoli beni facenti parte dello stesso o della particolare natura del negozio ⁹⁵.

Rimane, in conclusione, da analizzare l'interpretazione che si pone a metà via tra le due esposte in precedenza e che appunto se da un lato non ritiene la forma notarile come prescritta a pena di nullità, dall'altro la considera come una forma da adottare a seguito di una preesistente obbligazione sorta in virtù della conclusione del contratto ⁹⁶. In questo modo, quindi, la necessità di procedere all'iscrizione non deriva appunto dalla forma notarile – che assurge a requisito per il solo deposito dell'atto per l'iscrizione nel registro – ma dalle stesse parti. Questa lettura, quindi, recupera quell'obbligo a carico delle parti di procedere all'iscrizione che, a seguito dell'introduzione della legge Mancino, è andato perdendosi ma non eliminandosi.

⁹³ Cfr. DOLMETTA A.A., *op. cit.*, pag. 64; RESCIO G.A., *op. cit.*, pag. 106.

⁹⁴ Cfr. RUGGIERO A., *Le nuove regole formali e pubblicitarie per i trasferimenti di azienda*, in *Riv. not.*, 1994, pag. 328.

⁹⁵ Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *op. cit.*, in *Edicola Professionale*.

⁹⁶ Cfr. DOLMETTA A.A., *op. cit.*, pag. 73 ss; MARTORANO F., *L'azienda*, *op. cit.*, pag. 569; Consiglio Nazionale del Notariato, *op. cit.*, in *Edicola Professionale*.

1.3.2.2. (SEGUE). EFFICACIA POSITIVA E NEGATIVA DELL'ISCRIZIONE NEL REGISTRO DELLE IMPRESE.

L'efficacia che l'iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese produce, ai sensi dell'art. 2193 c.c., ha natura dichiarativa⁹⁷ in quanto non solo rende conoscibile un determinato fatto ma in merito a questo fa sorgere a carico dei terzi una presunzione assoluta di conoscenza, non essendo ostativa alla produzione dei relativi effetti nemmeno la prova della non conoscenza del fatto iscritto. Questa previsione deve però leggersi in coordinato con la presunzione di ignoranza del fatto non iscritto che ammette, invece, prova contraria. L'inopponibilità ai terzi di fatti non iscritti nel registro delle imprese deriva dalla circostanza per cui a monte vi è una disattesa previsione di legge che prescrive invece per i fatti suddetti l'obbligo di iscrizione. L'inopponibilità, tuttavia, viene meno qualora la parte che doveva procedere all'iscrizione del fatto nel registro delle imprese riesca a dimostrare la conoscenza effettiva del fatto da parte del terzo. L'efficacia così come descritta nel suo profilo positivo – relativo all'irrilevanza giuridica dell'ignoranza del fatto iscritto – e nel suo profilo negativo, tuttavia sembra doversi coordinare con un principio generale in considerazione di una particolare categoria di beni, la cui regola di circolazione risolve l'ipotetico conflitto tra più acquirenti sulla base del prioritario conseguimento del possesso di buona fede. A fronte di un'operazione di cessione d'azienda iscritta nel registro delle imprese da Caio, la consegna a Tizio di un bene mobile non registrato appartenente all'azienda non consente l'acquisto della proprietà dello stesso per quest'ultimo in quanto non considerato in buona fede: in altri termini, la buona fede appare cedevole dinanzi all'iscrizione nel registro delle imprese dell'avvenuta cessione – in base all'efficacia positiva di tale iscrizione *ex art. 2193*,

⁹⁷ Cfr. RESCIO G.A., *op. cit.*, pag. 122 precisa infatti che l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese ha l'efficacia di mera pubblicità notizia ai sensi dell'art. 8, comma 5 della l. 29 dicembre 1993, n. 580. Per quanto riguarda invece gli imprenditori agricoli, i coltivatori diretti e le società semplici esercenti attività agricola, l'iscrizione nella sezione speciale ha natura dichiarativa al pari di quella prevista per gli imprenditori commerciali ai sensi dell'art. 2, d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228.

comma 2, c.c.⁹⁸. Se però si adotta una prospettiva incentrata sul singolo bene piuttosto che sull'operazione generale di cessione d'azienda si nota come a livello contrattuale, in caso di descrizione incompleta o addirittura mancante dei beni aziendali facenti parte il complesso ostativi al riconoscimento del carattere aziendale degli stessi, la buona fede rimane vitale e rilevante. A questa soluzione si giungerebbe anche in caso di espressa identificazione dei beni aziendali: parte della dottrina, assumendo un approccio di natura sistematica e stringente, ha infatti approfondito questa ipotesi cercando di andare oltre una conclusione affrettata consistente nel venir meno della buona fede. Se si circoscrive l'efficacia positiva di cui all'art. 2193 c.c. ai solo fatti per i quali la legge prescrive l'iscrizione si può facilmente concludere come la buona fede non viene intaccata dall'indicazione dei beni – fatto in merito al quale è assente un'espressa prescrizione legislativa relativa all'iscrizione dello stesso. Ecco che in questo caso, l'eventuale iscrizione non ha efficacia dichiarativa e non è produttiva di quella presunzione assoluta di conoscenza opponibile a chiunque, compreso il terzo in buona fede⁹⁹.

È proprio in merito alla conformazione del complesso aziendale che secondo la tesi maggiormente accreditata in dottrina, l'iscrizione nel registro delle imprese inoltre non funge da criterio risolutivo del conflitto tra acquirenti o tra acquirente e creditori pignoranti dei beni aziendali per i quali si prevede una specifica regola di circolazione, indebolendo ulteriormente i sostenitori della tesi universalistica¹⁰⁰. Questo, da un punto di vista meramente pratico e concreto, comporta che sia proprio in base alla natura del bene appartenente al complesso che si propenda per l'applicazione di una regola di circolazione piuttosto che di un'altra al fine di risolvere un eventuale conflitto tra i soggetti: si guarda alla priorità della trascrizione del titolo di acquisto nei registri appositi nel caso in cui il bene oggetto della controversia

⁹⁸ Cfr. RESCIO G.A., *op. cit.*, pag. 135; COLOMBO G.E., *op. cit.*, pag. 39; COSTANZA R., *op. cit.*, pag. 594; AULETTA G., voce *Azienda*, *op. cit.*, pag. 11.

⁹⁹ Cfr. RESCIO G.A., *op. cit.*, pag. 138.

¹⁰⁰ Cfr. RESCIO G.A., *op. cit.*, pag. 105 ss; PETTITI D., *Il trasferimento*, *op. cit.*, pag. 25; COLOMBO G.E., *op. cit.*, pag. 37; AULETTA G.G., *Note in tema di circolazione dell'azienda*, in *Riv. soc.*, 1963, pag. 473; TEDESCHI G.U., *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vol. XVIII, Torino, 1987, pag. 34.

appartenga alla categoria dei beni immobili o dei beni mobili registrati; la priorità del possesso di buona fede è invece regola risolutiva per i beni mobili non registrati mentre per i diritti personali di godimento si utilizza il criterio dell'antiorità del godimento stesso. In tutti questi casi, quindi, l'iscrizione del trasferimento d'azienda nel registro delle imprese non assolve ad alcuna funzione ultronea a quella dichiarativa precedentemente prospettata ma è necessario indagare se tale conclusione è ammissibile anche con riferimento a quei beni per i quali la normativa non prevede una disciplina circolatoria: a tal punto l'antiorità dell'iscrizione nel registro delle imprese può essere valutato come idoneo per risolvere conflitti riguardanti proprio questi beni, come le universalità di beni? Chi risponde affermativamente da rilievo proprio al rapporto intercorrente i due commi dell'art. 2193 c.c.¹⁰¹. Se Tizio – acquirente che temporalmente si colloca al momento T0 – non procede all'iscrizione del proprio titolo pur essendovi obbligato, ecco che può vedersi opposta l'iscrizione di Caio – acquirente successivo nel tempo T1 – salvo che non riesca a dimostrare l'effettiva conoscenza di Caio con riferimento all'avvenuta cessione. È da rilevare però come una lettura interpretativa dell'iscrizione nel registro delle imprese così prospettata non solo non soddisfa se si considera come la sua efficacia sia volta solo a rendere irrilevante l'ignoranza di Tizio a fronte dell'iscrizione di Caio¹⁰² ma anche se si considera che non può essere elevata a criterio di portata generale dal momento in cui risulta idonea solo quando uno dei due atti viene iscritto essendo però entrambi gli atti sottoposti a tale obbligo¹⁰³. Alla luce di queste considerazioni critiche sembra

¹⁰¹ Cfr. AULETTA G.G., *Dell'azienda, op. cit.*, pag. 24; FERRARI G., voce *Azienda, op. cit.*, pag. 707; COLOMBO G.E., *L'azienda, op. cit.*, pag. 43.

¹⁰² Cfr. COLOMBO G.E., *La cessione d'azienda. Lineamenti generali, in Cessione ed affitto di azienda alla luce della più recente normativa. Atti Milano – 22 ottobre 1994*, Milano, 1995, pag. 38.

¹⁰³ Cfr. RESCIO G.A., *op. cit.*, pag. 130 ss. che afferma come in determinate situazioni l'unico criterio utilizzabile sia la priorità dell'acquisto: si pensi sia al caso in cui solo uno dei due atti sia soggetto all'obbligo di iscrizione sia al caso in cui entrambi gli atti siano soggetti a iscrizione e vengano iscritti. Nel primo caso rientra, per esempio, il conflitto emergente tra acquirente dell'azienda e acquirente dell'universalità di mobili interna all'azienda. Se si utilizza l'iscrizione come criterio per risolvere il conflitto, l'acquirente dell'azienda anche se ha acquistato per secondo e nella piena consapevolezza dell'avvenuta cessione di tale universalità (efficacia positiva ex art. 2193 c.c.) per effetto dell'iscrizione stessa potrebbe appropriarsi di questa sfruttando la sopra citata efficacia positiva erga omnes del proprio titolo; così anche RADICE C., *op. cit.*, pag. 594; RUGGIERO A., *op. cit.*, pag. 360.

quindi legittimo concludere che tanto i conflitti aventi ad oggetto beni privi di una regola relativa alla loro circolazione quanto quelli concernenti l'azienda in generale – dal momento in cui non è rinvenibile alcuna disciplina circolatoria della stessa che la consideri entità distinta rispetto ai singoli beni che la compongono – sono risolti con la regola generale della priorità dell'acquisto¹⁰⁴.

Tuttavia, per ragioni di semplificazione e certezza dei traffici giuridici, si ritiene che l'iscrizione nel registro delle imprese possa assurgere a regola risolutiva nel caso di conflitti emergenti in materia di crediti aziendali *ex art. 2559 c.c.* qualora sorga una controversia tra il cessionario e ulteriori cessionari concorrenti dei crediti aziendali o creditori del cedente le cui pretese non sono state soddisfatte e che quindi risultano pignoranti i crediti aziendali¹⁰⁵. Per queste due tipologie di soggetti, la cessione dei crediti aziendali a favore del cessionario ha effetto dal momento in cui tale operazione di trasferimento viene iscritta nel registro delle imprese. Tale efficacia deve però necessariamente coordinarsi con la previsione secondo cui il debitore ceduto, se paga in buona fede al venditore dell'azienda, si ritiene liberato. Al fine di porre al riparo il debitore in virtù di un principio generale riconosciuto dall'ordinamento, quindi, si è concluso che la buona fede del debitore giustifichi il venir meno del regime pubblicitario per il debitore stesso¹⁰⁶ evidenziando un ulteriore profilo che differenzia tale disciplina da quella prevista dal dato normativo inquadrante l'iscrizione come avente natura dichiarativa. Quasi come a voler chiudere il cerchio, quindi, a dare protezione al debitore è l'interpretazione dell'efficacia dichiarativa dell'iscrizione nel registro delle imprese alla luce del coordinamento con il concetto di buona fede: il pagamento del debitore in buona fede è liberatorio se la

¹⁰⁴ Cfr. RADICE C., *op. cit.*, pag. 595.

¹⁰⁵ Cfr. RESCIO G.A., *op. cit.*, pag. 142 che qualifica il primo comma dell'art. 2559 c.c. come eccezione rispetto alla qualificazione dell'iscrizione come avente natura dichiarativa *ex art. 2193 c.c.* evidenziando come il conflitto avente ad oggetto i crediti aziendali ceduti si avvicini allo schema operativo della trascrizione.

¹⁰⁶ Cfr. COLOMBO G.E., *Trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, Padova, 1972, pag. 134; BIANCA C.M., *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, pag. 263; LABRIOLA M., *La successione nei rapporti: aspetti civilistici*, in *Problematiche giuridiche e fiscali in tema di trasferimento di azienda. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 23 e il 24 Aprile 2010 (N. 3/2010)*, in *Fondazione notariato.it*.

pattuizione avente ad oggetto i crediti aziendali non rientri in quei fatti per i quali la legge non prescrive l'obbligo di iscrizione ¹⁰⁷.

1.3.3. L'EFFETTO NATURALE DEL CONTRATTO: IL DIVIETO DI CONCORRENZA.

Nonostante il contesto in cui si svolge l'operazione di cessione d'azienda sia ancorato al principio di libertà di iniziativa economica, il legislatore prevede quale effetto naturale del contratto il divieto di concorrenza gravante sul cedente alienante ¹⁰⁸. È però proprio alla luce del suddetto principio che si propone di analizzare l'art. 2557 c.c. in quanto ciò che si vuole, di fatto, tutelare da una concorrenza del cedente considerata pericolosamente distrattiva è l'effettivo insediamento del cessionario nella rete consolidata antecedentemente all'operazione di trasferimento ¹⁰⁹. La *ratio* del divieto non deve essere quindi ricercata nel tentativo di ostacolare il cedente nell'esercizio di un'attività dopo l'operazione di cessione d'azienda – altrimenti sullo sfondo si staglierebbe una violazione dell'art. 41 Cost. – ma nel garantire piuttosto la buona riuscita della vicenda negoziale traslativa ¹¹⁰. La clientela fidelizzata, le conoscenze apprese e l'esperienza maturata sono elementi rappresentativi della sfera del cedente potenzialmente attrattivi e che potrebbero con facilità distogliere l'attenzione dalla vicenda sostitutiva che vede il cessionario come nuovo protagonista

¹⁰⁷ Cfr. RESCIO G.A., *op. cit.*, pag. 143 ss.

¹⁰⁸ Cfr. CIAN M., *Divieto di concorrenza (Trasferimento d'azienda)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV, sez. comm., 2017, pag. 149.

¹⁰⁹ Cfr. ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, pag. 73; TEDESCHI G.U., *op. cit.*, pag. 68; LATELLA D., *Il divieto di concorrenza dell'alienante*, in *I trasferimenti d'azienda*, Milano, 2000, pag. 453 ss.; SAVIOLI G., *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 2005, pag. 102. Questi due ultimi esponenti della dottrina, inoltre, sostengono come il cedente si debba fare autore non solo di un comportamento negativo consistente, per l'appunto, nel divieto di concorrenza ma anche di un comportamento attivo che si esprime nella sua disponibilità a condividere con il cessionario tutte le informazioni utili relative a clientela, forniture e collaborazioni al fine di consentire al secondo di proseguire al meglio l'attività d'impresa.

¹¹⁰ Cfr. CIAN M., *op. cit.*, evidenza – distaccandosene – come la visione tradizionale abbia da sempre letto il divieto nell'ottica di sacrificare la libertà d'impresa del cedente rispetto all'interesse soddisfacente del cessionario.

ma che non risultano di per sé stessi sufficienti ad integrare il pregiudizio. Il dato normativo circoscrive genericamente il divieto di concorrenza all'avvio di un'attività capace di sviare la clientela dell'azienda ceduta ma l'attitudine effettiva deve riscontrarsi in concreto valutando le modalità con cui tale attività viene esercitata. L'indeterminatezza della disposizione civilistica lascia, inoltre, spazio ad una lettura ben più estesa di ciò che può considerarsi vietato: non solo ci potrebbe essere una sovrapposizione derivante dalla collocazione sul mercato da parte del cedente di beni o servizi affini a quelli offerti dal cessionario ma, qualora l'alienante mantenga anche dopo la cessione d'azienda le stesse relazioni di fornitura che aveva instaurato prima dell'operazione, potrebbe porsi in essere un comportamento capace di compromettere il programma imprenditoriale del cessionario. Ciò che si vuole, dunque, evidenziare è come al cedente sia richiesto un generale comportamento ispirato al principio di buona fede e correttezza, vietando di conseguenza tutto ciò che può rientrare in un concetto sleale di concorrenza. Assodato quindi che la norma vieta al cedente non tanto di intraprendere un'attività concorrenziale lecita ma piuttosto di intraprenderne una le cui modalità di esercizio siano volte a intercettare e successivamente deviare la rete relazionale dell'azienda ceduta, è da indagare ora cosa si intenda per "nuova impresa", requisito emergente e integrante la vicenda di cui all'art. 2557 c.c.

Considerando il fattore temporale nel quale si colloca l'operazione di cessione d'azienda come criterio discretivo per interpretare il suddetto requisito, risulterebbe da escludere dall'ambito di applicazione del divieto di concorrenza l'ipotesi in cui il cedente prosegua un'attività preesistente al trasferimento, purché insistente in un mercato diverso e indirizzata ad una clientela differente ¹¹¹. L'attenzione ritorna quindi sulle modalità con cui tale attività viene nel concreto posta in essere: c'è motivo di ritenere che la ragione della citata preesistenza venga meno se l'impresa del cedente

¹¹¹ Cfr. CIAN M., *op. cit.*, pag. 954 ss.; COLOMBO G.E., *op. cit.*, pag. 201; BONFANTE C., COTTINO G., *op. cit.*, pag. 651; LATELLA D., *op. cit.*, pag. 473. In giurisprudenza, Cass. civ., 30 marzo 1984, n. 2112, in *Mass. Giur. It.*, 1984: "Il divieto di concorrenza posto a carico di chi aliena l'azienda dall' art. 2557 c.c. si riferisce all'inizio, dopo il trasferimento dell'azienda, di nuove attività idonee a sviare la clientela della stessa e, pertanto, non opera per le attività dell'alienante preesistenti a tale trasferimento".

viene estesa fino alla zona di operatività di quella ceduta integrando inevitabilmente il comportamento lesivo di cui all'art. 2557 c.c.¹¹².

Qualora, invece, solo a seguito dell'operazione di trasferimento, il cedente dia inizio – sia per conto proprio che per conto di terzi – ad un'impresa che sia ubicata nell'area territoriale su cui insiste quella ceduta e che abbia ad oggetto beni non necessariamente identici ma affini a quelli del cessionario, si ritiene che la concorrenza sia da considerare qualificata¹¹³, ossia si tratti di una concorrenza rispetto alla quale il vantaggio di cui può beneficiare il cedente arrechi un pregiudizio al cessionario.

Nulla quaestio, quindi, nel caso in cui la nuova impresa sia esercitata direttamente dal cedente o indirettamente mediante un rappresentante: l'assoggettabilità al divieto di concorrenza è alquanto pacifica. Alla medesima conclusione si giunge anche qualora l'esercizio per conto di terzi si realizzi mediante l'assunzione da parte del cedente del ruolo di amministratore o di institore in una società concorrente¹¹⁴. Premettendo che risulta pur sempre lecita la cura di un affare da parte dell'alienante per conto di terzi, purché – come si è ribadito in precedenza – questa condotta non sia indirizzata alla ricezione della clientela legata all'azienda ceduta¹¹⁵, in questo ultimo caso, è proprio l'impatto pregiudizievole della condotta tenuta dal cedente a giustificare l'applicazione del divieto di concorrenza. Differente e più problematico è invece il caso in cui l'attività sia riferibile al cedente ma nel concreto sia svolta per mezzo di un prestanome che si collochi nel mercato figurando come imprenditore in proprio. Prescindendo dall'effettiva conoscenza o percezione dei terzi che si stanno rapportando con un soggetto in realtà prestanome, si privilegia un'interpretazione del caso alquanto stringente per dissuadere il cedente dal porre in essere tale *escamotage*: anche se il cedente appare occulto, la sua nuova attività per

¹¹² Cfr. COTTO A., FORNERO L., ODETTO G., *Cessione, conferimento, affitto e donazione d'azienda*, vol. II, Eutekne, 2008, pag. 58.

¹¹³ Cfr. LATELLA D., *op. cit.*, pag. 489.

¹¹⁴ Cfr. CIAN M., *Diritto commerciale, op. cit.*, pag. 149; MARTORANO F., *L'azienda, op. cit.*, pag. 124 ss.; COLOMBO G.E., *L'azienda, op. cit.*, pag. 207; CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, vol. I, Milano, 2003, pag. 152.

¹¹⁵ Cfr. COLOMBO G.E., *L'azienda, op. cit.*, pag. 200.

mezzo di prestanome risulta proibita qualora per il tramite di questa, al fine di risultare più competitivo e attrattivo, capti informazioni relative all'offerta proposta dal cessionario ¹¹⁶. Giungere a questa conclusione significa prescindere dal fatto che la condotta lesiva sia esercitata in concreto dal prestanome piuttosto che dal cedente; ciò che però non si può tralasciare per configurare la soggezione al divieto è la riferibilità al cedente dell'interesse economico perseguito dal prestanome e la concreta vicinanza dell'attività a quella ceduta idonea a determinarne un pregiudizio.

Tra le alternative percorribili dal cedente si pone anche l'ipotesi in cui quest'ultimo rivesta la qualità di socio in un'impresa concorrente ¹¹⁷. La portata del divieto deve però necessariamente modellarsi a seconda della natura della partecipazione assunta dal soggetto, dal momento in cui l'art. 2557 c.c. troverà sicuramente applicazione nell'ipotesi in cui la partecipazione consenta al cedente, ormai socio, di ricoprire una posizione apicale o che gli consenta comunque l'esercizio – anche congiunto – di un'attività economica ¹¹⁸. Diversa risulta invece la partecipazione a mero scopo di investimento, la quale esula dal divieto in esame dal momento in cui la sua assunzione consente al cedente un rendimento non corrispondente ad una posizione ricoperta nella società.

Aderire ad un'interpretazione così ampia del divieto di concorrenza ¹¹⁹ ritenendolo integrato anche quando il cedente eserciti la condotta pregiudizievole in qualità di amministratore o di socio significa rendere quanto più pervasiva possibile l'applicabilità del divieto in favore del cessionario, bilanciandola sempre con l'effettiva pregiudizialità della condotta attuata dal cedente, il quale quindi non risulta assoggettato alla disciplina qualora ponga in essere un comportamento rientrante nei parametri della liceità.

¹¹⁶ Cfr. AULETTA G.G., *Dell'azienda*, op. cit., pag. 1245; COLOMBO G.E., *L'azienda*, op. cit., pag. 206; CIAN M., *Divieto*, op. cit., pag. 153; BONFANTE C., COTTINO G., op. cit., pag. 650.

¹¹⁷ Cfr. COLOMBO G.E., *L'azienda*, op. cit., pag. 208; CASANOVA M., *Impresa e azienda*, op. cit., pag. 786.

¹¹⁸ Cfr. CIAN M., *Divieto*, op. cit., pag. 155; ID. *Diritto commerciale*, op. cit., pag. 150; BONFANTE C., COTTINO G., op. cit., pag. 650.

¹¹⁹ Cfr. COLOMBO G.E., *L'azienda*, op. cit., pag. 176.

1.3.3.1. (SEGUE). IL REGIME DI DEROGABILITÀ.

Strumentale al principio di libertà di iniziativa economica è il principio di libertà negoziale che consente alle parti di regolare secondo le rispettive volontà il divieto di concorrenza, il quale appunto può essere oggetto tanto di un'espansione quanto di una contrattura che può sfociare addirittura nell'abolizione stessa del divieto per effetto di un'espressa pattuizione.

Quanto al possibile ampliamento del divieto, si è notato in precedenza come la vaghezza del dato normativo consenta l'inclusione di comportamenti incidenti non solo sul piano della clientela – unico ambito effettivamente preso in considerazione dalla norma – purché però residui uno spazio di operatività entro il quale il cedente possa svolgere la propria attività, a condizione che sia espressiva di un interesse meritevole di tutela *ex art. 1322 c.c.*¹²⁰. Se si rapporta l'autonomia negoziale delle parti con la funzione di continuità dell'impresa a seguito di una vicenda circolatoria e sostituiva dell'azienda, la completa abolizione del divieto di per sé è configurabile ma si deve concludere che l'autonomia negoziale in base a come si esprime potrebbe far fuoriuscire la vicenda negoziale dalla qualificazione di trasferimento d'azienda: per evitare tale epilogo, quindi, le volontà pattizie dei contraenti non devono spingersi al punto di snaturare il negozio traslativo¹²¹.

1.3.3.2. (SEGUE). L'OPERATIVITÀ DEL DIVIETO IN ALTRE OPERAZIONI STRAORDINARIE: CENNI IN MERITO ALLA SCISSIONE.

Nel momento in cui si affronta l'ampia tematica delle operazioni straordinarie realizzanti un trasferimento d'azienda, la cessione a titolo definitivo della stessa non è evidentemente l'unica strada percorribile. Prescindendo da un esaustivo inquadramento di natura civilistica relativamente alle caratteristiche nonché alla generale disciplina dell'operazione che si analizzerà in questa sede, si propone

¹²⁰ Cfr. COLOMBO G.E., *L'azienda*, *op. cit.*, pag. 217; MARTORANO F., *L'azienda*, *op. cit.*, pag. 129.

¹²¹ Cfr. COLOMBO G.E., *L'azienda*, *op. cit.*, pag. 178; PETTITI D., *Il trasferimento*, *op. cit.*, pag. 37; ASCARELLI T., *op. cit.*, pag. 77; SAVIOLI G., *op. cit.*, pag. 103.

un'analisi critica della compatibilità – con conseguente vaglio circa l'effettiva operatività – del divieto di concorrenza disciplinato nelle disposizioni generali in tema di azienda con l'operazione avente natura disgregativa quale la scissione ¹²². Rispondente ad esigenze imprenditoriali accomunate dalla volontà di potenziare o anche solo di mantenere salda la propria presenza sul mercato di riferimento, la scissione realizza pur sempre una sostituzione soggettiva nella gestione dell'impresa riconducibile al concetto di trasferimento, comportando di conseguenza l'emersione delle medesime esigenze di tutela già affrontate in tema di cessione d'azienda, tra cui sicuramente spicca la protezione dell'acquirente.

A tal proposito, in considerazione della natura non eccezionale del dispositivo di cui all'art. 2557 c.c., è diffusa – anche se non pienamente condivisa ¹²³ – l'applicazione del divieto di concorrenza in esso compreso a tutte le ipotesi in cui, nonostante non sia ravvisabile un fenomeno traslativo in senso stretto, sia necessario che una delle parti, al fine di garantire la buona riuscita della vicenda economica, si astenga dall'adottare comportamenti potenzialmente distrattivi e pregiudizievoli. Evitare che l'alienante possa sfruttare a suo favore l'esperienza maturata, le competenze nel frattempo acquisite e i rapporti personali e commerciali consolidatisi nel tempo a scapito di colui al quale ha intenzione di trasferire tale complesso è una finalità particolarmente sentita anche con riferimento alla scissione. Descrivibile come modalità di riorganizzazione mediante scomposizione patrimoniale di una società in più parti che verranno poi assegnate ad altre società beneficiarie tanto

¹²² Necessario è però notare come la disciplina della scissione non si esprima esplicitamente in merito alle sorti dei rapporti pendenti e non ancora esauriti al momento dell'operazione. Questo ha dato modo di interpretare il rimando all'art. 2558 c.c. come possibile in base a quanto sostenuto da CENTONZE M., *Assegnazione patrimoniale e disciplina dell'azienda nella scissione di società*, Milano, 2013, pag. 214 ss. Contrari a tale applicazione analogica, invece, PALMIERI G., *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, pag. 194 ss.; SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, in *Tr. Colombo-Portale*, 7, 2004, pag. 271. In merito, invece, alla successione dei crediti nonché dei debiti aziendali pare vi sia uniformità di vedute sull'inapplicabilità degli artt. 2559 e 2560 c.c. in quanto opportunamente disciplinate con specifica disciplina, come evidenziato da CENTONZE M., *op. cit.*, pag. 231 ss.

¹²³ Cfr. ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, *op. cit.*, pag. 70 ss.

preesistenti quanto neocostituite ¹²⁴, le cui azioni o quote saranno tra l'altro attribuite ai soci della scissa, la scissione pare entrare direttamente in contatto con il divieto di concorrenza qualora assuma le vesti di un frazionamento parziale ¹²⁵. Quando, infatti, la società originaria assegna una sola porzione del proprio patrimonio a una o più beneficiarie, si può lecitamente riproporre il presupposto alla base della norma di cui all'art. 2557 c.c. in ragione della vitalità mantenuta dalla trasferente che potrebbe, mediante una prosecuzione distrattiva dell'attività d'impresa, pregiudicare le ragioni della beneficiaria.

Epilogo apparentemente diverso si ha nell'ipotesi in cui l'assegnazione a due o più beneficiarie abbia ad oggetto l'intero patrimonio della società originaria. In questo caso, determinandosi inevitabilmente l'estinzione di quest'ultima senza però liquidazione poiché la sua attività prosegue nelle società beneficiarie, non sembra ravvisarsi il rapporto "venditore – acquirente" descritto dal testo dell'art. 2557 c.c. invece sussistente nella dinamica di scissione parziale o, ancora, nella tipica cessione d'azienda (in cui rispettivamente si parla di "cedente" e di "cessionario"). Qualora inoltre l'attribuzione delle quote di partecipazione ai soci della scissa venga effettuata sulla base di un criterio proporzionale, ispirato ad un equo bilanciamento delle compagini sociali delle rispettive beneficiarie, si ritiene che il divieto di concorrenza possa perdere la sua ragion d'essere e, di conseguenza, venire meno ¹²⁶. L'idea secondo cui la titolarità delle partecipazioni non verrebbe in alcun modo inficiata poggia sul presupposto che i soci delle beneficiarie altro non sarebbero che gli stessi soci della scissa. La neutralità dell'operazione sotto questo punto di vista però non sembra persuadere a pieno in considerazione del fatto che anche la scissione totale

¹²⁴ Quando la società assegna tutto o una parte del proprio patrimonio ad una società preesistente si parla, tecnicamente, di scissione per incorporazione, mentre nel caso in cui esso venga destinato a società neocostituite si realizza una scissione in senso stretto, come precisato da SANTAGATA R., *Le operazioni straordinarie*, in *Diritto Commerciale*, a cura di Cian M., vol. III, Torino, 2020, pag. 913.

¹²⁵ Cfr. CENTONZE M., *Assegnazione patrimoniale e disciplina dell'azienda nella scissione di società*, *op. cit.*, pag. 04 ss.; PICCIAU A., *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, in *Riv. soc.*, 1995, pag. 1193.

¹²⁶ Cfr. PALMIERI G., *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, *op. cit.*, pag. 196; SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, *op. cit.*, pag. 277.

appare ipotesi di circolazione d'azienda, in cui società cedente e società cessionaria si considerano pur sempre due soggetti differenti con conseguenti centri di imputazione giuridica distinti ¹²⁷. È possibile, in altre parole, anche in questa sede ravvisare il divieto di concorrenza, declinandolo come esigenza sentita dalla beneficiaria non più rispetto alla società trasferente – in quanto estinta – ma piuttosto nei confronti dell'altra beneficiaria, che potrebbe potenzialmente porre in essere la concorrenza qualificata di cui all'art. 2557 c.c. ¹²⁸.

La *ratio* della disposizione, in conclusione, essendo ravvisabile in ipotesi di scissione diversificate che riguardano dinamiche in cui i soggetti coinvolti si trovano in posizioni contrattuali diverse, impone l'obbligo di non concorrenza tanto alla società originaria nei confronti delle beneficiarie qualora il patrimonio sia solo parzialmente scisso quanto, in un'ottica di reciprocità, ad una beneficiaria rispetto all'altra in ipotesi di scissione totale.

¹²⁷ Tribunale Catania, 15 giugno 2007, in *Giur. comm.*, 2009, pag. 548 ss., con nota di Vinciguerra secondo cui è anche ben possibile che dopo l'atto di scissione si realizzi un mutamento della compagine sociale. Questa considerazione, quindi, rende ulteriormente cedevole la tesi dell'inapplicabilità dell'art. 2557 c.c. alla scissione totale.

¹²⁸ BUSANI A., URBANI F., *Operazioni straordinarie: la scissione*, in *Le Società*, n. 12, 2017, pag. 1414.

CAPITOLO 2 – AFFITTO D’AZIENDA: LA VICENDA CIRCOLATORIA A TITOLO PROVVISORIO

2.1. PANORAMICA SULL’AFFITTO D’AZIENDA.

2.1.1. TIPOLOGIA E CARATTERISTICHE DELL’OPERAZIONE DI AFFITTO D’AZIENDA.

Nel panorama delle operazioni realizzanti un mutamento nella titolarità dell’attività di impresa emergono anche operazioni straordinarie di sostituzione temporanea ¹²⁹. Da una prospettiva meramente economico-commerciale volta alla ricerca di strategie imprenditoriali diversificate, l’affitto di azienda appare uno strumento caratterizzato da flessibilità, provvisorietà e non invasività.

L’affitto d’azienda si configura infatti come un contratto mediante il quale il proprietario concede in godimento ad un altro soggetto il complesso di beni organizzati per l’esercizio d’impresa a fronte di un corrispettivo ¹³⁰ – c.d. canone fissato in misura fissa, variabile o mista – da versare per il periodo pattuito di durata del contratto e la cui determinazione, tra l’altro, potendo dipendere dai risultati ottenuti e realizzati dall’azienda ¹³¹, lo eleva ad elemento di notevole rilevanza per i risvolti economici correlati ¹³². In base ad una considerazione di natura prettamente economica, si evidenzia come l’ammontare dello stesso debba necessariamente essere oggetto di una pattuizione tra le parti, le quali ricorreranno alla vicenda circolatoria in esame laddove essa rappresenti per loro ragione di arricchimento reciproco ¹³³. Da qui

¹²⁹ Cfr. CIAN M., *La circolazione dell’azienda e la continuità di rapporti d’imprese*, op. cit., pag. 954.

¹³⁰ Cfr. NASTRI M.P., *L’affitto di azienda, l’usufrutto, la locazione*, in *L’affitto di azienda, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2, 2010, in *FondazioneNotariato.it*.

¹³¹ Cfr. MUSAIO A., *L’economia dell’azienda “in affitto”. Profili istitutivi e contabili*, Milano, 1995, pag. 14 e 15.

¹³² Cfr. MAZZARINO D., *Determinazione del canone nell’affitto d’azienda*, in *A&F*, n. 3, 2002, pag. 70.

¹³³ Cfr. RUTIGLIANO M., FACCINCANI L., *La stima del “congruo” canone nell’affitto di azienda. Una diversa prospettiva di analisi*, in *Rivista di Ragioneria ed Economia Aziendale*, 2011.

emerge la caratteristica del canone come congruo, termine con il quale si rimanda ad una generale prospettiva di equilibrio tra gli interessi e le esigenze contrapposte del concedente e dell'affittuario. Riassuntivamente si può notare come la sua determinazione, nella dottrina consolidata, sia il prodotto risultante dalla moltiplicazione del capitale economico investito rappresentativo del complesso dei beni oggetto del contratto per il rendimento atteso, in considerazione dei rischi derivanti dall'operazione d'affitto che potrebbero gravare tanto sull'affittuario quanto sul concedente, dal momento in cui, con riferimento a quest'ultimo, si precisa come al termine dell'affitto la somma a lui spettante non sia equivalente al capitale investito inizialmente ma venga commisurata al valore corrente delle consistenze d'inventario dell'azienda ¹³⁴.

Considerando che l'oggetto dell'azienda può consistere anche in negozi costitutivi di un diritto personale di godimento sui beni, l'affitto si presta ad essere indubbiamente un'operazione volta a garantire la continuazione dell'attività ¹³⁵. È alla luce della sua natura temporanea che emerge un primo aspetto peculiare e distintivo rispetto alla cessione d'azienda: nell'affitto d'azienda la titolarità permane in capo al locatore in virtù di una dissociazione tra proprietà e godimento ¹³⁶. L'affittuario acquistando il godimento dell'azienda si sostituisce, in veste di imprenditore ¹³⁷, nella

¹³⁴ Cfr. LACCHINI M., TREQUATTRINI R., *Sulla individuazione del canone "congruo" in ipotesi di affitto d'azienda (con particolare riguardo alle imprese in fallimento)*, in *Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale*, 1998. La prospettiva adottata da MECHELLI A., *La stima del valore congruo del canone di locazione nell'ipotesi di affitto d'azienda*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, n. 5, 2007, rispetto a quella degli Autori appena citati, ritiene che per la determinazione di un canone congruo si debba considerare non solo il rischio d'impresa ma anche il rischio di insolvenza a capo dell'affittuario nonché il rischio di variazione peggiorativa del valore economico del capitale in pendenza di affitto – qualora le differenze inventariali di cui al paragrafo 2.2.2. siano state determinate in base al mero valore patrimoniale dell'azienda senza considerare le relative variazioni economiche nel corso del contratto d'affitto.

¹³⁵ Cfr. CIAN M., *Diritto commerciale, op. cit.*, pag. 158.

¹³⁶ Cfr. BONAVERA E.E., *Retrocessione dell'azienda affittata e sorte del debito originato da clausola penale*, nota a sentenza Cass. Civ., Sez. III, 10 febbraio 2023, n. 4248, in *Le Società*, n. 7, 2023, pag. 818.

¹³⁷ Cfr. PEROTTA R., *L'affitto d'azienda. La disciplina fiscale del conferimento*, in *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 2007, pag. 3 in cui emerge la sospensione dell'esercizio di impresa da parte del concedente con annessa comunicazione all'Agenzia delle entrate e al Registro delle imprese nel caso in cui venga stipulato un contratto di affitto d'azienda dell'unica azienda, situazione diversa dall'ipotesi in cui il concedente sia imprenditore di più aziende e una di questa sia data in affitto oppure oggetto del contratto d'affitto non sia l'intera – eventuale unica – azienda ma un suo ramo; NASTRI M.P., *op. cit.*, in

gestione della stessa non essendo a lui consentito però il compimento di atti eccedenti i poteri a lui conferiti, non potendone nemmeno modificare la destinazione ma piuttosto dovendone conservare l'efficienza dal momento in cui, una volta concluso il contratto di affitto, il godimento tornerà a far capo al locatore in un'ottica di generale ristabilizzazione delle condizioni originarie e antecedenti il trasferimento.

È proprio alla luce della transitorietà dell'operazione che possono assumere rilievo dei comportamenti tenuti dalle parti riconducibili alla rispettiva volontà di ridurre al minimo la propria esposizione al rischio. Per sottrarsi al rischio d'impresa, l'affittuario potrebbe risultare restio a intraprendere scelte imprenditoriali volte a proseguire o iniziare delle attività la cui utilità si misura nel lungo termine cercando piuttosto di sfruttare i benefici già presenti e derivanti dal complesso di cui ha ottenuto temporaneamente il godimento. Non è da ignorare poi che l'affittuario stesso, curando la gestione nell'interesse dell'azienda, possa differire nuovi investimenti a causa di un temuto mancato ritorno economico in linea con le aspettative maturate. Scelte apparentemente strategiche per l'affittuario potrebbero apparire però pregiudizievoli per il concedente, dal momento in cui la gestione potrebbe determinare un depauperamento patrimoniale, finanziario e reddituale del complesso affittato. Ecco, quindi che nemmeno il concedente può dirsi esente dal rischio di subire una diminuzione del valore globale dell'azienda a causa di un comportamento dell'affittuario da considerare deplorabile.

2.1.2. MOTIVAZIONI E VANTAGGI DELL'AFFITTO D'AZIENDA.

Dall'affitto di azienda, nonostante la relativa disciplina civilistica venga criticamente ritenuta disomogenea, possono indubbiamente derivare molteplici vantaggi a beneficio di entrambe le parti contraenti ¹³⁸. Le ragioni sottostanti l'operazione si comprendono considerando inizialmente l'interesse personale al

cui si specifica che in quest'ultima ipotesi il concedente mantiene la qualifica di imprenditore per la parte residua di azienda non affittata.

¹³⁸ Cfr. CACCIAPAGLIA L., ANNICCHIARICO M., DE GAETANO D., MERCURIO G., *Affitto di azienda. Aspetti civilistici, contabili, fiscali e in materia di crisi d'impresa*, Trento, 2021, pag. 16 ss.

volontario disimpegno del proprietario dell'azienda che risulta ancora più impattante nel momento in cui l'avanzare dell'età si consideri fattore di pericolo per la vitalità d'impresa. La mancanza di una successione generazionale, inoltre, potendo essere determinata anche dalla mancata acquisizione di sufficiente esperienza e competenze tecniche da parte dei membri della famiglia, appare ulteriore motivo per propendere alla stipulazione di un contratto d'affitto al fine di non arrecare danno alla clientela e mantenere solida la continuità imprenditoriale mediante una gestione delegata all'affittuario. L'affitto d'azienda appare alternativa percorribile dal proprietario anche in base a motivazioni economico-aziendali e non solo attinenti alla sfera soggettiva: lo sviluppo di ulteriori affari richiede l'investimento di tempo e risorse ulteriori ma senza che questo implichi la cessione definitiva della propria attività. Mediante la concessione temporanea in godimento della stessa, il proprietario dell'azienda si riserva, infatti, la possibilità di prenderla nuovamente in gestione in un futuro, quando il suo nuovo business avrà preso avvio.

Va notato come l'affitto di azienda risulti soluzione operativa vantaggiosa non solo per il proprietario ma anche, e soprattutto, per l'affittuario. Innanzitutto, si noti subito la diversa natura delle motivazioni di questo soggetto rispetto al primo dal momento in cui ciò che appare particolarmente attrattivo di tale vicenda circolatoria è la possibilità di beneficiare di un complesso già organizzato e operativo appartenente ad un soggetto altrui senza doversi sobbarcare i molteplici oneri e rischi, altrimenti inevitabili. Anche nell'ottica della futura acquisizione dell'intera attività, l'affittuario subentrando nella gestione dell'azienda ha modo di operare un'attenta analisi circa la capacità reddituale, le potenzialità intrinseche nonché l'attrattività del settore nel quale l'azienda stessa opera. Immediato è quindi il rinvio allo schema contrattuale del *rent to buy* nella cui prima fase – quella del godimento per l'appunto – si ha oltretutto modo di acquisire le conoscenze necessarie in virtù di un futuro investimento. L'acquisto successivo richiede un ammontare di liquidità non sempre disponibile nell'immediato e il godimento interinale dell'azienda può quindi facilmente colmare tale mancanza dal momento in cui l'affittuario ha modo di sperimentare in prima persona un'attività imprenditoriale senza però impegnarsi in modo irrevocabile ad

essa in quanto al termine del contratto d'affitto potrà senza problemi non rimanervi vincolato se tale esperienza sia stata per lui poco soddisfacente o, per meglio dire, non abbastanza redditizia.

È però nell'ipotesi in cui ad essere oggetto di trasferimento sia un bene immobile che si evidenziano i maggiori vantaggi pratici derivanti dalla stipulazione di un contratto d'affitto d'azienda¹³⁹. È infatti ormai prassi che il proprietario di un immobile, volenteroso di cederne il godimento ad altri soggetti, ricorra alla fattispecie in esame piuttosto che all'istituto della locazione, contratto con il quale il soggetto proprietario – c.d. locatore – si obbliga a far godere al conduttore un bene mobile o immobile per un determinato periodo e verso un corrispettivo¹⁴⁰. La funzione principale di tale contratto è infatti non solo consentire il legittimo godimento del bene ma permetterne anche il suo incremento in termini di produttività dando al conduttore la possibilità di usufruirne ad un costo inferiore rispetto al prezzo d'acquisto. Tuttavia, ricorrere alla figura della locazione comporta risvolti legali non indifferenti che potrebbero invero risultare alquanto gravosi: serve subito precisare, infatti, come accanto alle disposizioni civilistiche vi sia un *corpus* di norme predisposte a tutelare il conduttore in considerazione della posizione da lui ricoperta nel rapporto contrattuale. In quanto parte debole del contratto, la L. del 27 luglio 1978, n. 392 al Capo II in materia di locazioni di immobili urbani adibiti ad uso non abitativo¹⁴¹ prevede *in primis* una durata minima legale non inferiore a sei anni per le attività industriali, commerciali, artigianali e di interesse turistico o, in alternativa, a nove anni se l'immobile risulta adibito ad attività alberghiera¹⁴² a cui segue un rinnovo automatico alla prima scadenza contrattuale per periodi della medesima durata, a meno che non intervenga la disdetta di una delle parti secondo le modalità e

¹³⁹ Per la trattazione più approfondita della tematica si rimanda al paragrafo 2.2.1.

¹⁴⁰ La disciplina si colloca nel Capo VI *Della locazione*, Titolo III *Dei singoli contratti*, Libro IV *Delle obbligazioni* del codice civile.

¹⁴¹ Consultabile in *Gazzettaufficiale.it*.

¹⁴² Ai sensi dell'art. 27 della L. n. 392/1978, inoltre, è possibile prevedere per l'immobile una durata locativa inferiore, a condizione che l'attività ivi esercitata abbia natura transitoria, dovendosi altrimenti fare riferimento alla durata predefinita pari a sei o nove anni a seconda dell'uso a cui è stato adibito l'immobile.

tempistiche individuate dalla legge ¹⁴³. L’ottica di *favor* legislativo a tutela del conduttore si evince in particolare raffrontando le possibilità per il locatore di disdire il contratto – limitatamente ai soli motivi previsti all’art. 29 della legge in esame – e la facoltà per il conduttore di recedere dallo stesso in qualsiasi tempo al verificarsi di uno di tali motivi, purché vengano rispettate le forme e i termini previsti dall’art. 27, comma 7. A fronte di un’eventuale intenzione del locatore di trasferire onerosamente l’immobile locato o concederlo a terzi alla scadenza del contratto rinnovato, il conduttore vanta su di esso un diritto di prelazione con annesso diritto di riscatto qualora il proprietario violi la procedura di notifica ¹⁴⁴. La legge sulle locazioni pare poi anche derogare il codice civile, in particolare l’art. 1594 c.c., dal momento in cui, all’art. 36 L. n. 392/1978, il consenso del locatore non risulta necessario qualora il conduttore voglia sublocare l’immobile o cedere il contratto di locazione a terzi purché però ne venga data idonea comunicazione ¹⁴⁵.

Il tentativo per il proprietario di un immobile di aggirare tale disciplina appare, in altri termini, la ragione principale per cui egli ricorra alla figura dell’affitto d’azienda invece che a quella della locazione. I benefici riconosciuti al conduttore nella disciplina brevemente descritta non si equiparano con altrettanti vantaggi per il concedente, il quale quindi per ragioni pratiche cercherà di eludere una disciplina così rigida e svantaggiosa.

¹⁴³ Ai sensi dell’art. 28, comma 1 della medesima legge: “*Per le locazioni di immobili nei quali siano esercitate le attività indicate nei commi primo e secondo dell’art. 27, il contratto si rinnova tacitamente di sei anni in sei anni e, per quelle di immobili adibiti ad attività alberghiere, di nove anni in nove anni; tale rinnovazione non ha luogo se sopravviene disdetta da comunicarsi all’altra parte, a mezzo di lettera raccomandata, rispettivamente almeno 12 o 18 mesi prima della scadenza*”.

¹⁴⁴ La disciplina si riferisce all’art. 38 rubricato “diritto di prelazione”, all’art. 39 rubricato “diritto di riscatto” e all’art. 40 rubricato “diritto di prelazione in caso di nuova locazione”.

¹⁴⁵ Appare immediato, in base al contributo di GARLASCHELLI C.E., *Profili distintivi tra l’affitto di azienda e la locazione di immobile urbano ad uno non abitativo*, in *I Contratti*, n. 5, 2018, pag. 591, il riferimento alla disciplina *ex art. 2558 c.c.* dettata in materia di azienda: l’automatico subentro del cessionario o affittuario nei contratti stipulati per l’esercizio d’impresa, con la sola eccezione di quelli aventi natura personale, è un principio espresso anche dall’art. 36 della Legge sulle locazioni.

2.2. QUESTIONI INTERPRETATIVE CONTROVERSE.

2.2.1. IL CONFINE TRA AFFITTO D'AZIENDA E LOCAZIONE IMMOBILIARE.

La disciplina civilistica dell'affitto di azienda appare fin da subito problematica in quanto la nozione stessa è costruita mediante un rinvio operato dal codice civile al regime dell'usufrutto di azienda. La mancanza di un quadro normativo completo, autonomo e organico rende la disciplina dell'affitto d'azienda alquanto flessibile e per molti aspetti lasciata all'autonomia contrattuale delle parti.

Qualora l'oggetto del contratto d'affitto – considerato tale se consiste nel godimento di una cosa produttiva sia essa mobile che immobile ai sensi dell'art. 1615 c.c. – si configuri nel complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio d'impresa, ecco che la disciplina contenuta a partire dall'art. 1615 c.c. deve coordinarsi con le norme in materia di azienda ¹⁴⁶, considerando però come in esse non sempre sia rinvenibile un espresso riferimento alla particolare ipotesi di affitto d'azienda ¹⁴⁷. Alla luce della collocazione della disciplina generale dell'affitto nel Capo VI dedicato alla locazione, appare evidente come tale rapporto si declini come tipico legame intercorrente tra norme generali e norme speciali in cui il punto *dolens* è rappresentato dalla corretta qualificazione che si deve dare al contratto al fine di distinguere un'operazione di affitto d'azienda rispetto ad una locazione ¹⁴⁸. Per questo

¹⁴⁶ Cfr. LATELLA D., *L'affitto d'azienda con particolare riferimento alla distinzione dalla locazione immobiliare*, in *Dir. & Formazione*, 2002, pag. 1581; BONFANTE G., COTTINO G., *L'imprenditore*, op. cit., pag. 663; COLOMBO G.E., *L'azienda*, op. cit., pag. 283; FERRARI G., voce *Azienda*, op. cit., pag. 739. Questi ultimi due Autori, inoltre, ritengono che, associata la preminenza della disciplina dell'usufrutto, tuttavia all'affitto di azienda non viene applicato l'art. 1015 c.c. in tema di abusi dell'usufruttuario ma piuttosto la disciplina concernente la risoluzione del contratto per inadempimento dello stesso.

¹⁴⁷ Cfr. BONAVERA E.E., *Retrocessione dell'azienda affittata e sorte del debito originato da clausola penale*, op. cit., pag. 818 mette in luce come non tutte le disposizioni generali in tema di azienda fanno esplicito riferimento all'ipotesi di affitto d'azienda creando un'evidente difficoltà interpretativa, soprattutto alla luce del mancato richiamo della vicenda in merito agli artt. 2259 e 2560 c.c.

¹⁴⁸ Cfr. CARUSI D., *L'affitto di azienda*, in *Trattato dei contratti*, a cura di Rescigno-Gabrielli, Milano, 2008, pag. 343; ARICÒ G., *Il contratto di affitto di azienda*, in *Not.*, n. 4, 2000, pag. 351. In giurisprudenza v. Cass. civ., Sez. III, 1° marzo 2000, n. 2306, in *Mass. Giur. It.*, 2000: "Nel codice civile tra le norme sulla

motivo un cospicuo apporto sul tema si ricava dalla giurisprudenza che ritiene necessaria una duplice indagine del giudice di merito relativamente alla comune volontà delle parti di concedere e ricevere il godimento del complesso e all'obiettiva consistenza e organizzazione delle cose dedotte in contratto ¹⁴⁹ precisando come nell'ipotesi in cui, a formare oggetto del godimento, sia incluso anche un bene immobile si debba valutare primariamente la preesistente organizzazione aziendale e in seguito la funzione ricoperta dal bene immobile al suo interno ¹⁵⁰.

L'interrogativo circa la necessaria sussistenza del requisito dell'organizzazione del compendio aziendale al momento della conclusione del contratto per poter qualificare il rapporto contrattuale come affitto di azienda invece che come locazione immobiliare è tema datato nel tempo a cui ha sempre seguito una risposta positiva ¹⁵¹ registrandosi la tendenza nello statuire come, in termini di contenuto minimo del compendio, la mancanza di elementi o beni utili per l'esercizio dell'attività di impresa non precluda la possibilità di qualificare l'insieme come azienda ¹⁵². Sembra tutt'ora doversi rifiutare un'interpretazione eccessivamente restrittiva e rigida ritenendo come per la configurabilità dell'azienda sia sufficiente la concessione in godimento anche solo di alcuni dei beni costituenti la stessa purché

locazione e quelle sull'affitto, compreso l'affitto d'azienda, corre il rapporto tipico tra norme generali e norme speciali, per cui se la fattispecie non è regolata da una norma specificamente prevista per l'affitto dovrà farsi ricorso alla disciplina generale sulla locazione di cose, salva l'incompatibilità con la relativa normazione speciale”.

¹⁴⁹ Cass. civ., Sez. III, 17 dicembre 2004, n. 23496 (rv. 578713), in *CED Cassazione*, 2004; Cass. civ., Sez. III, 15 marzo 2007, n. 5989 (rv. 596699), in *Arch. Locazioni*, 2007, 5, 511.

¹⁵⁰ Cfr. GARLASCHELLI C.E., *Profili distintivi tra l'affitto di azienda e la locazione di immobile urbano ad uno non abitativo*, op. cit., pag. 591; NASTRI M.P., op. cit., specifica come l'adozione del rapporto di prevalenza attribuito ai beni consente di scindere le due alternative. Alla base del contributo si considera infatti ricorrente l'ipotesi di locazione immobiliare nel momento in cui il bene immobile singolarmente considerato prevalga sull'azienda a tal punto da non poterla individuare in sua assenza.

¹⁵¹ Cfr. CATALDO F., *Affitto di ramo d'azienda nel settore retail*, nota a sentenza Cass. civ., Sez. III, 17 febbraio 2020, n. 3888, in *I Contratti*, n. 6, 2020, pag. 683.

¹⁵² Cass. civ., Sez. I, 9 agosto 1991, n. 8678, in *Onelegale.it* da cui si ricava come sia lecito escludere pattiziamente elementi essenziali dal momento in cui non vengano più considerati indispensabili o purché siano surrogabili a seguito del trasferimento. Per la configurazione dell'azienda è necessario però individuare nei beni oggetti del trasferimento la permanenza di un residuo organizzativo che ne dimostri l'attitudine all'esercizio d'impresa.

però nel complesso ceduto venga mantenuto un nucleo di organizzazione capace di provarne l'attitudine all'esercizio di impresa ¹⁵³.

Appurato l'aspetto interpretativo del requisito organizzativo c'è poi da considerare che, nonostante entrambe le ipotesi vengano accomunate dalla temporaneità della concessione in godimento di un determinato bene verso un corrispettivo, la locazione di bene immobile si configura in una dimensione statica dal momento in cui il bene stesso viene considerato oggetto principale e centrale della stipulazione, svolgendo una funzione definita prevalente e assorbente rispetto a quella degli altri beni, la cui posizione è da considerare, quindi, accessoria ¹⁵⁴; nell'affitto di azienda, invece, la rilevanza individuale del bene immobile viene meno poiché, in una prospettiva dinamica com'è quella aziendale, esso viene considerato una componente del complesso legata agli altri beni da un rapporto di interdipendenza e complementarità in quanto volti ad un unico e ben definito fine produttivo ¹⁵⁵.

Si deve però riscontrare una certa difficoltà nel considerare l'organizzazione del complesso aziendale e la comune volontà delle parti criteri nettamente distintivi, in particolar modo a fronte di una locazione immobiliare ad uso alberghiero dal momento in cui si stabilisce una presunzione *iuris et de iure* circa la natura locativa del rapporto in base non tanto alla prevalenza dell'immobile sugli altri quanto piuttosto alla rilevanza dell'inizio dell'attività da parte del conduttore ¹⁵⁶. Ne consegue quindi che la concessione in godimento di un immobile viene qualificata come locativa qualora tale bene, pur attrezzato per l'uso alberghiero, non risulti ancora

¹⁵³ Cass. civ., Sez. III, 17 dicembre 2004, n. 23496 (rv. 578713), in *Mass Giur. It.*, 2004.

¹⁵⁴ Cfr. ZANNINI P., voce *Locazione*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, vol. XI, 1994, pag. 94.

¹⁵⁵ Cfr. VISALLI N., *Locazione di immobile e affitto di azienda*, Napoli, 1969, pag. 93. In giurisprudenza v. Cass. civ., Sez. III, 10 giugno 1987, n. 5068, in *Mass Giur. It.*, 1987; Cass. civ., Sez. III, 2 agosto 2000, n. 10106, in *Mass. Giur. It.*, 2000; Cass. civ., Sez. III, 27 giugno 2002, n. 9354, in *Mass. Giur. It.*, 2002; v. anche, in tempi più recenti, Cass. civ., 17 febbraio 2020, n. 3888, in *CED Cassazione*, 2020.

¹⁵⁶ Ai sensi dell'art. 1, comma 9 *septies*, della l. 5 aprile 1985 n. 118 si stabilisce che: “*Si ha locazione di immobile, e non affitto di azienda, in tutti i casi in cui l'attività alberghiera sia stata iniziata dal conduttore*”. Cass. civ., Sez. III, 20 aprile 2004, n. 7498 (rv. 572179), in *Arch. Locazioni*, 2004, specifica, poi, come la valutazione circa l'avvenuto inizio di attività da parte del conduttore si qualifica come un accertamento di fatto compiuto dal giudice di merito non sindacabile in sede di legittimità; Cass. civ., Sez. III, 19 dicembre 2005, n. 27934 (rv. 589926), in *CED Cassazione*, 2005; Cass. civ., Sez. III, 26 settembre 2006, n. 20815 (rv. 593573), in *Mass Giur. It.*, 2006.

gestito effettivamente dal concedente, potendosi di converso ravvisare ipotesi di affitto d'azienda nel momento in cui, dedotta in contratto l'azienda nella sua fase dinamica, la conduzione in gestione e l'organizzazione dei beni aziendali siano preesistenti e non coincidenti con la prima destinazione dell'immobile ad uso alberghiero ¹⁵⁷. In effetti, ai fini di una più precisa delimitazione della fattispecie dell'affitto d'azienda, la deduzione del complesso di beni vale a realizzare la vicenda in esame pure quando esso sia caratterizzato da una mera potenzialità allo svolgimento dell'attività d'impresa, precisando ulteriormente quindi come la produttività non sia elemento che necessariamente deve ricorrere al momento della deduzione ma che comunque deve derivare dall'organizzazione ¹⁵⁸. Tale argomentazione è frequentemente utilizzata dalla giurisprudenza per ammettere la qualificazione dell'operazione come affitto d'azienda in situazioni caratterizzate da staticità ¹⁵⁹. La giurisprudenza ha infine precisato come la richiesta e il successivo rilascio dell'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività alberghiera dopo la stipulazione del contratto definito come affitto d'azienda non sono elementi capaci di far sorgere la presunzione locativa, la quale viene ulteriormente limitata nell'ipotesi in cui l'affittuario con il consenso del locatore si sia limitato ad apportare miglioramenti all'azienda ¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Cass. civ., Sez. III, 19 dicembre 2005, n. 27934 (rv. 589926), in *Mass. Giur. It.*, 2005.

¹⁵⁸ Cass. civ., Sez. III, 28 marzo 2003, n. 47000 (rv. 561550), in *Arch. Civ.*, 2004, 86; Cass. civ., Sez. III, 5 gennaio 2005, n. 166, in *Giur. It.*, 2005. In dottrina, GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, pag. 1322.

¹⁵⁹ Cass. civ., Sez. III, 31 marzo 2007, n. 8076 (rv. 598469), in *Arch. Locazioni*, 2008, 1, 92; Cass. civ., Sez. III, 18 maggio 2016, n. 10154, in *Onelegale.it*.

¹⁶⁰ Cfr. DI GIOVANNI L., *Affitto di azienda e locazione di immobile*, in *Giurisprudenza: i singoli contratti*, in *I Contratti*, n. 5, 2011, pag. 476. In giurisprudenza, v. Cass. civ., Sez. III, 26 settembre 2006, n. 20815 (rv. 593576), in *CED Cassazione*, 2006; Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 16 ottobre 2017, n. 24276 (rv. 646028-01), in *CED Cassazione*, 2017.

2.2.2. *L'IMMISSIONE NEL GODIMENTO DELL'AFFITTUARIO TRA L'OBBLIGO DI GESTIONE E L'OBBLIGO DI CONSERVAZIONE DEL VALORE DELL'AZIENDA COMPLESSIVAMENTE INTESO.*

È volgendo l'attenzione all'intricato sistema normativo che disciplina la vicenda in esame e attraverso la combinazione di specifiche disposizioni dettate in materia di affitto, di locazione e di usufrutto che si ha modo di ricostruire l'ampio spettro di obblighi nonché di diritti riconosciuti in capo all'affittuario e all'affittante.

Ad un generale obbligo per l'affittante di consegnare l'azienda priva di vizi che possano pregiudicarne l'uso garantendone, quindi, il libero e pacifico godimento all'affittuario corrisponde in capo a quest'ultimo il divieto di modificarne la destinazione economica in vista della futura restituzione in modo da non alterare l'efficienza dell'organizzazione, degli impianti e le normali dotazioni di scorte.

L'obbligo di conservazione generale di tali elementi si traduce nell'assunzione da parte del gestore dell'azienda del complessivo ammontare dei costi – solitamente di modica entità – per la manutenzione ordinaria nonché periodica e prevedibile di tutti quei beni che appaiano strumentali all'attuazione dello scopo dell'azienda al fine di preservare l'attitudine produttiva del complesso ¹⁶¹. È però altrettanto inevitabile precisare come dall'ambito di operatività di tale obbligo esulino generalmente le spese ritenute straordinarie in quanto non finalizzate o comunque estranee alla mera conservazione della destinazione economica del bene. Le stesse saranno riconosciute, ai sensi della disciplina generale in tema d'affitto, in capo all'affittante sempre che l'autonomia negoziale non decida di optare per una loro diversa imputazione e modulazione ¹⁶². La libertà operativa che comunque si riconosce in capo a colui che viene immesso nel godimento del bene si giustifica alla luce della realizzazione di una gestione dell'impresa quanto più proficua possibile, potendo essere tale operato soggetto all'esercizio da parte del concedente del relativo diritto di controllo volto ad

¹⁶¹ Cass. civ., Sez. III, 10 dicembre 2013, n. 27540, in *Massima redazionale*, 2013; Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2020, n. 19632 (rv. 658692-01), in *CED Cassazione*, 2020.

¹⁶² Cass. civ., Sez. III, 27 marzo 2020, n. 7574, in *Quotidiano Giuridico*, 2020.

accertare che tale gestione sia intrapresa pur sempre nel rispetto degli obblighi sopra citati. A fronte dell'ulteriore obbligo di corresponsione del canone pattuito nei tempi e nelle modalità previste in sede di stipulazione contrattuale, l'affittuario viene immesso nel godimento del complesso aziendale, precisando come quest'ultimo venga fatto oggetto di un mero potere di disposizione esercitato dal gestore. Tra i beni che compongono l'azienda, infatti, alcuni – come gli impianti, i macchinari o ancora i locali – essendo stabilmente destinati all'organizzazione costituiscono il capitale fisso a differenza di altri – come le merci, le materie prime nonché i prodotti finiti o semilavorati – che, invece, compongono il capitale circolante in quanto per loro natura sono destinati ad essere trasformati o alienati. Pare opportuno ritenere per entrambe le categorie la configurazione, a seguito del trasferimento, di un diritto dispositivo sui beni: si ritiene pacifico che sui beni stabilmente impiegati l'affittuario sia titolare di un mero diritto di godimento con annesso obbligo di conservazione dell'efficienza organizzativa e degli impianti, rimanendo la proprietà degli stessi in capo al locatore, e che tale diritto venga mantenuto anche su quelli destinati ad una circolazione nonostante tale disponibilità sia limitata e circoscritta alla durata del contratto d'affitto¹⁶³.

Tra le disposizioni dettate in materia di azienda, si è già anticipato come l'affitto di azienda si trovi disciplinato all'art. 2562 c.c. il cui contenuto però rinvia all'articolo precedente dettato specificatamente per l'usufrutto di azienda¹⁶⁴. *In primis*, l'affittuario ai sensi del primo comma deve gestire l'azienda sotto la ditta che la contraddistingue. La ditta, con l'insegna e il marchio, rappresenta un segno distintivo del singolo imprenditore e dei suoi prodotti consentendo al mercato, composto non solo dalla clientela ma anche dai fornitori, dai distributori piuttosto che

¹⁶³ Cfr. COLOMBO G.E., *Usufrutto ed affitto dell'azienda*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl.* diretto da Galgano F., III, Padova, 1979, pag. 225.

¹⁶⁴ Ai sensi dell'art. 2561 c.c.: “*L'usufruttuario dell'azienda deve esercitarla sotto la ditta che la contraddistingue. Egli deve gestire l'azienda senza modificarne la destinazione e in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte. Se non adempie a tale obbligo o cessa arbitrariamente dalla gestione dell'azienda, si applica l'art. 1015. La differenza tra le consistenze d'inventario all'inizio e al termine dell'usufrutto è regolata in danaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'usufrutto*”.

dai finanziatori, di distinguere i vari imprenditori operanti nel settore di interesse ¹⁶⁵. L'obbligo di gestione dell'azienda di cui al secondo comma concernente invece l'impossibilità di modificare la destinazione dell'azienda pare, soprattutto alla luce della temporaneità dell'operazione, posto a tutela del locatore e di un generale principio di conservazione della funzione economica originaria ¹⁶⁶. Il secondo comma prosegue poi con l'indicazione per cui la gestione deve compiersi mantenendo inalterata l'efficienza dell'organizzazione, degli impianti e le normali dotazioni di scorte. La lettura dell'obbligo di conservazione del valore dell'azienda complessivamente inteso proposta alla luce del quarto comma del medesimo articolo, che prevede il conguaglio di fine affitto che l'affittuario dovrà percepire o, al contrario, corrispondere, si rivela essere la chiave di lettura per attribuire alla disposizione di cui al secondo comma una valenza concreta in quanto l'affittuario, per evitare di dover corrispondere una somma a titolo di indennizzo in sede di conguaglio di fine affitto, risulterà maggiormente incentivato al mantenimento del complessivo valore dell'azienda ¹⁶⁷. Il rapporto intercorrente tra concedente e affittuario al termine del contratto di affitto viene regolato, infatti, in base ad un raffronto tra le consistenze d'inventario iniziale e quelle d'inventario finale ¹⁶⁸ al fine di assicurare all'affittante la restituzione dei beni costituenti la dotazione aziendale concessa in godimento a seguito di una scrupolosa analisi in termini di valore in

¹⁶⁵ Cfr. TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, a cura di Anelli F. e Granelli C., *op. cit.*, pag. 1018 e 1019. La ditta, inoltre, viene trasferita contestualmente all'azienda, precisando però come nonostante debba essere oggetto di una distinta manifestazione di volontà, non appare necessaria un'esplicita menzione dell'atto di trasferimento, potendo tale volontà essere ricavata implicitamente in base ai criteri interpretativi *ex artt.* 1362 e seguenti, c.c.: Cass. civ., Sez. I, 22 marzo 1994, n. 2755, in *Mass Giur. It.*, 1994.

¹⁶⁶ Anche volgendo lo sguardo alla disciplina generale dell'affitto, si noti come all'art. 1615 c.c. venga ugualmente espresso il principio per cui l'affittuario deve curare la gestione dell'oggetto locato conformemente alla relativa destinazione economica: cfr. BALDUCCI D., *L'affitto di azienda*, Milano, 2004, pag. 97.

¹⁶⁷ Cfr. BAVAGNOLI F., *L'affitto d'azienda. Profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile*, Milano, 2006, pag. 36.

¹⁶⁸ Il momento in cui calcolare tale differenza è la data di cessazione del contratto di affitto e non invece il momento in cui sia avvenuto l'effettivo rilascio dell'azienda: *ex multis*, Cass. civ., Sez. III, 24 agosto 1998, n. 8364, in *Giur. It.*, 1999; Cass. civ., Sez. I, 9 maggio 2007, n. 10623 (rv. 599849), in *CED Cassazione*, 2007.

considerazione dell'inevitabile usura o dell'eventuale deperimento della stessa durante il contratto di affitto ¹⁶⁹. L'individuazione di un conguaglio in denaro risponde, in altre parole, a finalità risarcitorie e compensative del naturale logorio prodottosi in pendenza del godimento. Per determinare l'ammontare del conguaglio dovuto, il confronto deve basarsi sulla differenza intercorrente tra il valore corrente dell'inventario iniziale calcolato alla data di inizio del rapporto contrattuale e, poi, alla data di fine affitto. L'adozione di un approccio effettuato in base alla mera differenza quantitativa dei beni oggetto dell'inventario iniziale a prescindere dalla diminuzione o dall'incremento del loro valore eventualmente apportati a seguito della gestione dell'affittuario non pare essere il metodo corretto considerando come sia condivisa l'idea per cui la variazione tra le consistenze di inventario possa derivare tanto da mutamenti quantitativi quanto qualitativi delle componenti aziendali ¹⁷⁰. In effetti, l'adozione di un approccio non curante della naturale usura dei beni aziendali non tiene nemmeno conto delle variazioni che interessano l'avviamento in pendenza di affitto. Trattandosi di una qualità dell'azienda, l'avviamento è incline a non essere considerato come rientrante tra le consistenze facenti parte del conguaglio con la conseguenza che, in caso di incremento prodotto dall'affittuario proprio grazie alla sua gestione, non sarà lui riconosciuto alcun indennizzo, sempre che l'autonomia negoziale dei contraenti non pattuisca diversamente ¹⁷¹. Autorevole dottrina non pare però condividere la statuizione considerando che, se per effetto della gestione dell'affittuario, il valore dell'avviamento abbia subito un incremento sia corretto, di conseguenza, riconoscere un'indennità per le spese sostenute a tal fine.

In conclusione, quindi, il risultato del confronto delle differenze inventariali può consistere tanto in una maggiore consistenza aziendale con conseguente conguaglio a favore dell'affittuario oppure, al contrario, in una diminuzione

¹⁶⁹ Cfr. NASTRI M.P., *Effetti dell'affitto sui beni*, in *L'affitto di azienda, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2, 2010, in *FondazioneNotariato.it*.

¹⁷⁰ Cfr. AULETTA G., *Logorio e perimento dei beni nell'usufrutto d'azienda*, in *Riv. delle società*, 1967, pag. 8; COLOMBO G.E., *Usufrutto ed affitto dell'azienda*, *op. cit.*, pag. 269. In giurisprudenza, v. Cass. civ., Sez. V, 18 ottobre 2018, n. 26193 (rv. 650720-01), in *CED Cassazione*, 2018.

¹⁷¹ Cass. civ., Sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. Civ.*, 1994.

comportante l'indennizzo a favore del concedente. Al fine di raggiungere un equilibrio che tenga conto di tutte le variazioni intervenute in pendenza di affitto, gli ammortamenti effettuati durante l'affitto da parte del gestore dovranno essere verificati in quanto se le quote risultassero superiori al conguaglio a favore del concedente, esse costituiranno una sopravvenienza attiva a vantaggio dell'affittuario; viceversa, se le quote di ammortamento non riuscissero a coprire il conguaglio, si realizzerebbe per quest'ultimo una sopravvenienza passiva. Il tema nel suo complesso appare delicato e terreno di facili tensioni, auspicando di conseguenza che la volontà negoziale dei contraenti inserisca apposite clausole di regolamentazione al fine di evitare contrasti reciproci.

2.2.3. LE SORTI DEL PATRIMONIO D'IMPRESA NEL RAPPORTO PROGRESSIVO "CONCEDENTE – AFFITTUARIO".

L'effetto realizzato dalla vicenda circolatoria – consistente nella sostituzione del soggetto imprenditore nell'attività d'impresa – è il filtro in base al quale interpretare e applicare all'affitto di azienda il *corpus* di norme dedicate alla circolazione dell'azienda. In base, infatti, alle modalità con cui si realizza tale fenomeno circolatorio, la normativa può declinarsi in modi differenti, avendo riguardo alle caratteristiche strutturali della modalità prescelta e non tanto in virtù di una diversa rilevanza della vicenda medesima rispetto alle altre realizzanti il mutamento soggettivo nella titolarità dell'azienda ¹⁷². La temporaneità dell'affitto di azienda, infatti, è proprio ciò che giustifica una diversa modulazione della disciplina in tema di circolazione delle posizioni debitorie ai sensi dell'art. 2560 c.c., in merito alle quali, se anteriori al trasferimento, nulla viene espressamente sancito con riguardo al profilarsi di una responsabilità dell'affittuario in pendenza di affitto. Il carattere eccezionale dell'accollo legale dei debiti a carico del cessionario rafforza ulteriormente l'impossibilità di prevedere un'analogia estensione della disciplina al di

¹⁷² Cfr. CIAN M., *La circolazione dell'azienda e la continuità dei rapporti d'impresa*, op. cit., pag. 954.

fuori dei casi espressamente previsti ¹⁷³, essendo quindi l'art. 2560 c.c., nel tritico di norme riguardanti le sorti patrimoniali d'impresa spesso evocato, espressione di una reale discontinuità tra la cessione d'azienda e l'affitto della stessa in quanto la responsabilità in capo al nuovo soggetto subentrato si ritiene configurabile solo in merito a vicende traslative della piena proprietà dell'azienda – ipotesi che, quindi, mal si concilia con la concessione in godimento del complesso di beni organizzati per l'esercizio d'impresa, nella quale quindi si configura un'irresponsabilità dell'affittuario per debiti sorti prima della data del contratto di affitto d'azienda ¹⁷⁴.

L'argomentazione poggiante sulla *ratio* della norma, in quanto volta alla protezione dei creditori ¹⁷⁵, pare essere motivo però per affermare il venir meno della differenziazione in termini di trattamento tra l'assegnazione del complesso aziendale a titolo definitivo piuttosto che a titolo provvisorio ¹⁷⁶. La natura strumentale degli stessi rispetto ai cespiti che risultano dall'inventario *ex art.* 2561 c.c., è ulteriore argomentazione da cui si ricava l'estendibilità dell'accollo anche in caso di affitto d'azienda, dovendo gli stessi seguire le vicende traslative del complesso ¹⁷⁷. In considerazione della sussistenza, in entrambe le ipotesi, della suddetta esigenza di tutela a fronte del trasferimento da un soggetto all'altro dell'azienda intesa come entità economica produttiva, si manterrebbe ferma l'applicazione dell'art. 2560, comma 2,

¹⁷³ Cfr. CIPOLLA O., *Cessione, affitto, restituzione d'azienda: brevi note sulla sorte di debiti e contratti*, nota a sentenza Cass. civ., Sez. I, 16 giugno 2004, n. 11318, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 1, 2005, pag. 306; MARTINO M., *Risoluzione del contratto e retrocessione dell'azienda ceduta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, pag. 735.

¹⁷⁴ Cfr. COLOMBO G.E., *L'azienda*, *op. cit.*, pag. 254; FERRARA F., *La teoria giuridica dell'azienda*, *op. cit.*, pag. 401; RACUGNO G., *Debiti e scritture contabili nel trasferimento d'azienda*, *op. cit.*, pag. 1008; CIAN M., *La circolazione dell'azienda e la continuità dei rapporti d'impresa*, *op. cit.*, pag. 954; BONFANTE G., COTTINO G., *L'imprenditore*, *op. cit.*, pag. 626. In giurisprudenza, Cass. civ., Sez. lavoro, 19 gennaio 1992, n. 906, in *Mass. Giur. It.*, 1992 in cui si riprende un'ulteriore pronuncia di legittimità quale Cass. civ., 3 luglio 1958, n. 2386.

¹⁷⁵ Cass. civ., Sez. I, 22 dicembre 2004, n. 23780, in *CED Cassazione*, 2004; Cass. civ., Sez. I, 3 ottobre 2011, n. 20153, in *CED Cassazione*, 2011; Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2023, n. 19806, in *CED Cassazione*, 2023.

¹⁷⁶ Cfr. MINNECI U., *op. cit.*, pag. 117.

¹⁷⁷ Cfr. BONFANTE G., COTTINO G., *L'imprenditore*, *op. cit.*, pag. 658 ss.

c.c. anche all'affitto d'azienda facendo venire meno l'eccezionalità dell'accollo tanto sostenuta quanto ribadita dalla dottrina maggioritaria ¹⁷⁸.

Diversa soluzione si evince invece in tema di circolazione dei crediti poiché differente appare la formulazione dell'art. 2559 c.c. nella parte in cui, al secondo comma, estende la loro attribuzione espressamente in capo all'usufruttuario e attraverso il rinvio operato dall'art. 2561 c.c. anche all'affittuario. I crediti attinenti all'apparato produttivo o strumentali ad esso appaiono quindi lecitamente riconosciuti anche in ipotesi di concessione in godimento per il tempo in cui usufruttuario e affittuario hanno in gestione l'impresa.

La mancata previsione in tema di circolazione d'azienda di una disciplina regolante le posizioni debitorie e creditorie con riferimento specifico all'ipotesi di affitto d'azienda solleva però delle perplessità in dottrina, stagliandosi sul tema, in particolare con riferimento a queste ultime, un filone di pensiero non propenso a dare lettura estensiva all'art. 2559 c.c. e relegando il tutto ad una previsione pattizia dei contraenti, i quali, qualora vogliano regolamentare il trasferimento di tali posizioni lo possono fare applicando la disciplina generale dettata in materia di affitto prevista agli artt. 1260 – 1267 c.c. in cui però detta cessione produce i propri effetti solo in caso di accettazione o notificazione al debitore ceduto – circostanza che invece appare irrilevante ai sensi dell'art. 2559 c.c. ¹⁷⁹. La mancata estensione in tema di debiti è invece pacifica – soprattutto guardando alla cessazione con conseguente retrocessione dell'azienda in capo al concedente una volta terminato il contratto di affitto – non impedendo però che le parti possano, in forza della sopra citata volontà negoziale e della generale finalità di prosecuzione dell'attività che ispira la disciplina circolatoria, di prevedere la cessione degli stessi rimandando alla disciplina dell'accollo *ex artt.* 1273 e 1274 c.c., con successiva liberazione del concedente in caso di consenso espressamente manifestato dal creditore ceduto senza che questo, successivamente a

¹⁷⁸ Cfr. VITALI A., *Restituzione d'azienda e rapporti pendenti*, in *I Contratti*, n. 4, 2018, pag. 493 ss.

¹⁷⁹ Cfr. TASSINARI F., *L'affitto d'azienda tra norme di legge e clausole di autonomia privata*, in *Notariato*, n. 5, 2010, pag. 531 ss.

tale accollo liberatorio, possa rivalersi sul debitore originario in caso di insolvenza dell'affittuario.

Anche se ipotesi diversa dalla cessione d'azienda, nell'affitto d'azienda si realizza comunque un mutamento – seppur circoscritto nel tempo – dei rapporti contrattuali, al pari di quello prodotto dal trasferimento della proprietà dell'azienda, potendo quindi essere integralmente applicato l'art. 2558 c.c. in forza di un richiamo espresso al terzo comma. Per quanto concerne, dunque, i contratti a prestazioni corrispettive stipulati dal concedente ma non ancora eseguiti al momento della stipulazione del contratto d'affitto di azienda da nessuna delle parti contraenti, ad eccezione di quelli aventi carattere personale, l'affittuario vi subentra per la durata dell'affitto salvo diversa pattuizione. L'automatismo della sostituzione, attecchendosi a effetto naturale a tutela dell'integrità del complesso aziendale in vista anche del corretto adempimento dei contratti aventi ad oggetto il godimento dei beni aziendali e i contratti attinenti all'organizzazione stessa dell'azienda ¹⁸⁰, viene declinato in modo specifico con riferimento a quei contratti disciplinati da norme speciali che prevedono un'autonoma normativa. I rapporti di lavoro subordinato e le obbligazioni da essi derivanti, se contestualizzati nell'ambito del trasferimento d'azienda, sono oggetto di una specifica forma di tutela offerta dall'ordinamento ¹⁸¹, in deroga alla disciplina dell'art. 2558 c.c. nella parte in cui si sancisce al primo comma la facoltà per le parti di escludere la successione dell'affittuario mediante espressa previsione

¹⁸⁰ Cass. civ., Sez. II, 3 gennaio 2020, n. 15 (rv. 656332-01), in *Il caso.it*, 2020; Cass. civ., Sez. lavoro, 29 marzo 2010, n. 7517 (rv. 612849), in *CED Cassazione*, 2010 in cui si specifica come l'automatico subentro del cessionario debba applicarsi ai contratti d'impresa e ai contratti d'azienda, coordinandosi eventualmente nell'ipotesi di contratti soggetti a specifica disciplina, come quelli indicati all'art. 2112 c.c.; Cass. civ., Sez. I, 14 maggio 1997, n. 4242, in *Mass. Giur. It.*, 1997.

¹⁸¹ Un aspetto rilevante di tale tutela si evince in particolare dall'art. 2112, comma 3, c.c. che dispone l'applicazione del contratto collettivo dell'impresa cessionaria precisando come, in mancanza di alcun contratto collettivo ai lavoratori ceduti, si applichi di conseguenza il contratto collettivo regolante il rapporto con la precedente azienda. Cass. civ., 12 giugno 2007, n. 13726, in *Onelegale.it* evidenzia inoltre come il contratto collettivo dell'impresa cessionaria non solo possa sostituire in via immediata la disciplina collettiva vigente presso l'azienda ceduta ma che possa introdurre modifiche anche in peius tali da non pregiudicare però i diritti acquisiti dal lavoratore anteriori al trasferimento.

¹⁸². La continuità del rapporto di lavoro e la conservazione dei diritti del lavoratore subordinato rappresentano quindi implicazioni dirette e automatiche dell'art. 2112 c.c. così come applicato ad una vicenda circolatoria quale l'affitto d'azienda e alla conseguente cessazione del medesimo con retrocessione all'originario concedente ¹⁸³. L'automatismo venutosi così a realizzare assume come presupposto per il perfezionamento del negozio traslativo l'irrelevanza del consenso del lavoratore ceduto nonostante l'idea di una configurabile trascurabilità della volontà del lavoratore non sia così pacificamente condivisa in dottrina ¹⁸⁴. La prospettazione di un diritto di opposizione al passaggio del rapporto di lavoro esercitabile dal soggetto subordinato si giustifica, infatti, in base ad un'interpretazione della *ratio* della normativa – coerentemente con quanto si evince anche dai principi comunitari – volta ad evitare risvolti penalizzanti per il soggetto che vuole e deve essere tutelato, ponendolo nella posizione di intraprendere la scelta che ritiene più consona alle rispettive esigenze ¹⁸⁵. Più che indagare sulla violazione dei diritti fondamentali che scaturirebbe dal mancato riconoscimento di un diritto di opposizione secondo la Corte di Giustizia ¹⁸⁶, appare risolutiva di tale dibattito la considerazione per cui l'art. 3, n.

¹⁸² Cfr. BANA M., *La responsabilità civilistica e fiscale dell'affittuario dell'azienda*, in *Il fisco*, n. 8, *Approfondimento: operazioni straordinarie*, 2022, pag. 750.

¹⁸³ Cfr. VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro*, Padova, 2021, pag. 329; Cass. civ., Sez. lavoro, 1° ottobre 2018, n. 23765 (rv. 650570-01), in *CED Cassazione*, 2018, nella quale si precisa come tale automatismo operi a condizione che il concedente prosegua l'attività esercitata antecedentemente la concessione in godimento e che l'organizzazione aziendale rimanga per questo invariata. In merito all'immutabilità dell'organizzazione come requisito affinché si possa applicare la disciplina a tutela dei lavoratori dipendenti, v. anche Cass. civ., Sez. lavoro, 23 luglio 2012, n. 12771 (rv. 624109), in *CED Cassazione*, 2018; Cass. civ., Sez. lavoro, 23 ottobre 2018, n. 26808 (rv. 651204-01), in *CED Cassazione*, 2018 e più recentemente Cass. civ., Sez. lavoro, 31 luglio 2023, n. 23242 (rv. 668341-01), in *CED Cassazione*, 2023.

¹⁸⁴ Cfr. BARACCO E., *Cessione di ramo d'azienda e irrilevanza del consenso dei lavoratori trasferiti*, nota a sentenza Cass. civ. Sez. lavoro, 23 luglio 2002, n. 10761, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 1, 2003, pag. 19.

¹⁸⁵ Cfr. SCARPELLI F., *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, pag. 491. Contra, CESTER C., *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Lav. Giur.*, 2001, 6, pag. 505 il quale sottolinea piuttosto come, a fronte della mancata riscontrabilità di un diritto di opposizione, il lavoratore rassegnando le dimissioni ugualmente viene tutelato.

¹⁸⁶ Corte di Giustizia, 24 gennaio 2002, causa C-51/00, in eur-lex.europa.eu in cui si cita anche Corte di Giustizia, 16 dicembre 1992, cause riunite C-132/91, C-138/91, C-139/91, Racc. pag. I-6577.

1, direttiva 77/187 CE conceda agli Stati membri una libera declinazione del suddetto diritto di opposizione, non imponendone però un'obbligatoria previsione ¹⁸⁷ con la conseguenza quindi che il nostro ordinamento, optando strategicamente per una tutela minima che pone il lavoratore nella posizione di poter rassegnare le proprie dimissioni a fronte di una modifica peggiorativa delle relative condizioni lavorative, ancora oggi non riconosce il diritto di opposizione come necessario.

L'irrelevanza del consenso si affianca poi, nella disciplina generale, all'impossibilità di prevedere un patto contrario in termini di modulazione del subentro nella titolarità del rapporto di lavoro da parte dell'affittuario, il quale si deve però arrestare davanti alle circostanze per cui, *in primis*, il lavoratore sia assunto in un momento successivo al trasferimento e, in secondo luogo, il rapporto di lavoro stesso risulti ormai risolto alla data del trasferimento ¹⁸⁸. Emerge, quindi, in maniera evidente come ciò che si vuole garantire sia la neutralità del mutamento del soggetto titolare del rapporto di lavoro, considerando quest'ultimo come unitario e continuativo, motivo per cui, tra l'altro, si è concordi nell'asserire l'impossibilità che tale scelta imprenditoriale possa assumere una rilevanza tale da assurgere a motivo di licenziamento, ritenendosi pur sempre necessaria o una giusta causa o un giustificato motivo ai sensi della disciplina codicistica. Per converso, al lavoratore, le cui condizioni di lavoro sia state sostanzialmente modificate in senso peggiorativo in virtù del trasferimento a tal punto da non consentire la prosecuzione – nemmeno provvisoria – del rapporto, viene riconosciuta la possibilità di rassegnare le proprie dimissioni, denotando attraverso il riconoscimento di tale diritto potestativo la costruzione di una disciplina a tutela del soggetto subordinato rispetto invece al titolare del rapporto di lavoro – quale l'affittuario – a cui fa capo pure una responsabilità in solido per le posizioni creditorie derivanti dal rapporto di lavoro al tempo del trasferimento ¹⁸⁹. La solidarietà tra concedente e affittuario solleva dubbi interpretativi in particolare nell'ipotesi in cui il rapporto di lavoro cessi in pendenza

¹⁸⁷ Cfr. RUNGALDIER U., *Trasferimento d'azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1999, pag. 523.

¹⁸⁸ Cass. civ., Sez. lavoro, 2 marzo 1995, n. 2417, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, 420, nota di Tullini.

¹⁸⁹ Cass. civ., Sez. lavoro, 17 luglio 2002, n. 10348, in *Mass. Giur. It.*, 2002.

di affitto d'azienda, apparendo sfumate le regole disciplinanti l'obbligo di corresponsione del trattamento di fine rapporto, non essendo, infatti, chiaro a quale dei due soggetti esso faccia capo. Se in passato appariva logico gravare il solo affittuario di tale obbligo, essendo egli al momento della cessazione del rapporto di lavoro il solo datore di lavoro ed essendo maturato il diritto del lavoratore al suddetto trattamento solo al momento della risoluzione in pendenza di affitto¹⁹⁰, in tempi assai più recenti si consolida l'idea per cui il datore di lavoro concedente rimanga in realtà obbligato nei confronti del dipendente, nonostante la prosecuzione del rapporto con il datore di lavoro affittuario – il quale appare ugualmente obbligato ma in virtù del vincolo solidaristico¹⁹¹.

2.2.3.1. (SEGUE). LE SORTI DEL PATRIMONIO D'IMPRESA NEL RAPPORTO REGRESSIVO "AFFITTUARIO – CONCEDENTE": LA RETROCESSIONE DEL CONTRATTO D'AFFITTO D'AZIENDA.

Tra gli obblighi in capo all'affittuario vi è quello concernente la restituzione dell'azienda al locatore¹⁹² che diventa attuale al momento della scadenza o dell'eventuale scioglimento anticipato del contratto, dando vita conseguentemente ad una vera e propria vicenda circolatoria dell'azienda consistente nella sua retrocessione¹⁹³. Accanto alla decorrenza del termine previsto e pattuito dalle parti nel contratto, nel caso in cui queste non ne abbiano espressamente individuato uno si ritiene venga riconosciuto loro un diritto di recesso esercitabile senza limiti temporali purché sia

¹⁹⁰ Cfr. BAVAGNOLI F., DE TILLA C., FERRARO N., RIVA P., *L'affitto di azienda: profili giuridici, economico-aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi d'impresa*, Milano, 2011, pag. 57; Cass. civ., Sez. lavoro, 9 agosto 2004, n. 15371 (rv. 575320), in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, 829.

¹⁹¹ Cass. civ., Sez. lavoro, 22 settembre 2011, n. 19291 (rv. 618829), in *CED Cassazione*, 2011; Cass. civ., Sez. VI - 1, 14 maggio 2013, n. 11479 (rv. 626323), in *Il caso.it*, 2013.

¹⁹² Cfr. art. 1590 c.c., Sezione I *Disposizioni generali*, Capo VI *Della locazione*, Titolo III *Dei singoli contratti*, Libro IV *Delle obbligazioni*.

¹⁹³ Cfr. BONAVERA E.E., *Retrocessione dell'azienda affittata e sorte del debito originato da clausola penale*, *op. cit.*, pag. 818.

preceduto da un congruo preavviso a tutela di controparte ¹⁹⁴. Il recesso può anche essere esercitato da parte tanto del locatore quanto degli eredi dell'affittuario a fronte della morte di quest'ultimo entro tre mesi dall'evento e con preavviso di sei mesi ¹⁹⁵ o da parte dell'acquirente a seguito dell'operazione di alienazione d'azienda, qualora la relativa clausola di scioglimento sia stata convenuta dalle parti ai sensi dell'art. 1625 c.c. Il verificarsi di una clausola risolutiva espressa *ex art.* 1456 c.c. o ancora l'inadempimento dell'affittuario che si fa autore di una generale *mala gestio* ai sensi del combinato disposto degli artt. 1618 e 2561 c.c. sono ulteriori casi di risoluzione che tendono a rimarcare il principio per cui la destinazione originaria del bene oggetto di affitto sia considerata intangibile ¹⁹⁶.

L'ipotesi più comune che porta a tale epilogo o, in alternativa, alla riduzione del corrispettivo è però la sussistenza di vizi della cosa affittata al momento della consegna o la loro sopravvenienza in pendenza di godimento *ex artt.* 1578 e 1581 c.c. Generalmente si considerano vizi della cosa locata quelle imperfezioni o alterazioni del bene relative alla produzione dello stesso o dalla sua conservazione che mutano l'equilibrio delle prestazioni corrispettive ¹⁹⁷. Potendo la presenza degli stessi non rendere più idoneo il bene all'utilizzo da parte dell'affittuario, è lecitamente avanzabile da parte di quest'ultimo la richiesta di risolvere il contratto, rendendo inefficace qualsiasi patto eventualmente stipulato con il locatore avente ad oggetto una limitazione della responsabilità o addirittura la sua esclusione qualora in mala fede quest'ultimo abbia taciuto su tali vizi ¹⁹⁸. L'ottenimento di un'effettiva tutela per

¹⁹⁴ Art. 1616 c.c., Sezione III *Dell'affitto*, Capo VI *Della locazione*, Titolo III *Dei singoli contratti*, Libro IV *Delle obbligazioni*.

¹⁹⁵ Cass. civ., 21 febbraio 1969, n. 599, in *Mass. Giur. It.*, 1969: "La facoltà di recesso in base al disposto dell'art. 1627 c.c. spetta sia al locatore sia agli eredi dell'affittuario e la rinuncia di una delle parti ad avvalersene non preclude all'altra l'esercizio della medesima facoltà"; Tribunale Foggia, 3 luglio 1991, in *Dir. e Giur. Agr.*, 1992: "Il termine di tre mesi previsto dalla suddetta norma, va computato a far tempo dal momento in cui il locatore ha avuto effettiva conoscenza dell'evento e non dalla data della morte dell'affittuario".

¹⁹⁶ Cfr. COLOMBO G.E., *L'azienda*, *op. cit.*, pag. 283 – 295 che considera inapplicabile all'affitto di azienda il rimando operato dal terzo comma dell'art. 2561 c.c. all'art. 1015 c.c.

¹⁹⁷ Cfr. TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, *op. cit.*, pag. 747.

¹⁹⁸ Si deve però precisare che la mancata denuncia da parte del conduttore dei difetti conosciuti o dallo stesso facilmente riconoscibili è circostanza che non consente la richiesta di risoluzione o di riduzione del

il conduttore si evince a maggior ragione volgendo lo sguardo alla circostanza per cui l'ignoranza del vizio da parte del locatore non sia sufficiente per esonerarlo da tale responsabilità.

Al verificarsi di una delle sopra citate ipotesi di cessazione del contratto d'affitto d'azienda segue quindi la riconsegna immediata da parte dell'affittuario dell'azienda al proprietario, potendosi di conseguenza configurare una responsabilità in capo al primo nell'ipotesi di danni derivanti da ritardata restituzione *ex art. 1591 c.c.*¹⁹⁹.

Ritorna rispetto a quest'ultimo aspetto il problema circa la compatibilità di una disposizione prevista in tema di locazione – come, appunto, l'art. 1591 c.c. – con l'affitto di azienda. Ribadendo come tale rapporto possa spiegarsi in un'ottica di specialità in virtù della quale si ricorre alle disposizioni regolanti la locazione solo in assenza di un'espressa normativa prevista per l'affitto, si è registrato un timido andamento della giurisprudenza nello statuire espressamente l'applicabilità della suddetta disposizione all'ulteriore ipotesi di affitto d'azienda. Innanzitutto, si noti come all'interno della categoria di danno derivante da ritardata restituzione venga ricompreso, da un lato, un danno presunto *iuris et de iure* che, derivando dall'inadempimento da parte del conduttore di restituire il bene alla scadenza del contratto, comporta un risarcimento minimo previsto dalla legge consistente nel versamento fino al momento dell'effettiva consegna di una somma almeno pari al canone in precedenza pagato a carico del conduttore²⁰⁰ e, dell'altro lato, il maggior danno patito dal locatore a causa del mancato e tempestivo rilascio del bene²⁰¹. La

canone né tantomeno il risarcimento del danno, *ex multis* Cass. civ., Sez. III, 9 giugno 1994, n. 5623, in *Mass. Giur. It.*, 1994; Cass. civ., Sez. III, 7 marzo 2001, n. 3341, in *Giur. It.*, 2001.

¹⁹⁹ Cfr. BARZAGHI A., *Danni da ritardata restituzione nell'affitto di azienda*, nota a sentenza Cass. civ., Sez. III, 1° marzo 2000, n. 2306, in *I Contratti*, n. 12, 2000, pag. 1141.

²⁰⁰ Questa tipologia di danno, inoltre, non richiede alcun tipo di prova fornita dal locatore: *ex multis*, Cass. civ., Sez. III, 19 giugno 2002, n. 8913 (rv. 555176), in *Arch. Civ.*, 2003.

²⁰¹ L'obbligo di risarcire il maggior danno da parte del conduttore in mora richiede, invece, la prova dell'effettiva lesione patrimoniale del locatore ravvisabile nell'impedimento per lo stesso di aver potuto locare il bene a condizioni più vantaggiose o ancora nella perdita di occasioni di vendita a prezzo conveniente. Tale obbligo, il cui ammontare va commisurato in base a elementi intrinseci del bene stesso rapportati con il periodo di effettiva occupazione protratta, non sorge automaticamente in quanto necessita

giurisprudenza, infatti, gradualmente ha ritenuto di applicare in maniera analogica l'art. 1591 c.c. all'affitto di azienda dal momento in cui si è riscontrato come il semplice ritardo nella restituzione del bene concesso in affitto andasse ad inficiare la naturale produttività dello stesso facendo presumere legalmente l'esistenza di un danno risarcibile mediante il pagamento del canone protratto fino alla consegna. In secondo luogo, essendo la regolazione del maggior danno basata sui principi generali risarcitori non c'è motivo per negare che il ritardo nella restituzione dell'azienda al concedente dia luogo ad un danno pregiudizievole in termini di produttività del bene²⁰².

Ed è proprio volgendo lo sguardo alle caratteristiche dell'affitto di azienda che si giustifica ulteriormente la retrocessione al locatore della medesima dato lo stretto collegamento con il carattere temporaneo della vicenda nel suo complesso. La transitorietà dell'operazione non si accompagna però ad un'automatica identificazione di ciò che deve essere oggetto dell'obbligazione restitutoria. In assenza, infatti, di una generale disciplina della retrocessione, appaiono ancora più sfumate le sorti dei rapporti contrattuali e delle posizioni debitorie nel frattempo posti in essere o sorti proprio in ragione del godimento dell'affittuario nel periodo d'affitto pattuito. Il microsistema concernente le sorti del patrimonio d'impresa se contestualizzato in tale vicenda circolatoria necessariamente assume una declinazione diversa e necessita di adeguati adattamenti²⁰³.

Si presta ad essere – si anticipa – parzialmente condivisa l'interpretazione minoritaria nella parte in cui si ritiene estensivamente applicabile la previsione di subentro nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda privi di carattere personale ai sensi dell'art. 2558, comma 3, c.c. anche al locatore nel caso di retrocessione

di essere provato dal locatore stesso: *ex multis*, Cass. civ., Sez. III, 28 gennaio 2002, n. 993, in *Mass Giur. It.*, 2002; Cass. Civ., Sez. III, 7 febbraio 2006, n. 2525 (rv. 586527), in *Arch. Locazioni*, 2006, 4, 452.

²⁰² Cass. civ., Sez. III, 27 maggio 1995, n. 5927, in *Foro It.*, 1995; Cass. civ., Sez. I, 23 settembre 1995, n. 10105, in *Notariato*, 1996 nota di Peirano; Cass. civ., Sez. I, 17 ottobre 2019, n. 26529, in *Massima redazionale*, 2022.

²⁰³ Cfr. BONAVERA E.E., *Retrocessione dell'azienda affittata e sorte del debito originato da clausola penale*, *op. cit.*, pag. 820; CIAN M., *La circolazione dell'azienda e la continuità dei rapporti d'impresa*, *op. cit.*, pag. 954.

dell'azienda affittata e questo in base alla considerazione per cui l'elemento che tale vicenda regressiva ha in comune con quella progressiva è proprio la sostituzione soggettiva nell'esercizio di impresa ²⁰⁴ nonostante non si possa ignorare che, a fronte di un'espressa estensione della regola del subentro dell'acquirente nei contratti pendenti anche all'usufruttuario come all'affittuario, l'operazione inversa del subentro del nudo proprietario o del locatore sia oggetto di un silenzio legislativo che pare non considerarla. La giurisprudenza guardando alla *ratio* della disposizione che mira a garantire la circolazione d'impresa, avendo cura dei valori in gioco così da assicurare il trasferimento della produttività integrale, ritiene, al contrario, di comprendere anche l'ipotesi restitutoria pur non espressamente prevista ²⁰⁵. L'opinione per cui il terzo comma dell'art. 2558 c.c. possa essere interpretato guardando oltre il mero dato normativo viene però da tale dottrina minoritaria circostanziata ai soli casi in cui la cessazione del rapporto d'affitto risulti conseguenza della volontà delle parti o di un fatto da loro previsto come, a titolo esemplificativo, il verificarsi di una condizione risolutiva o il raggiungimento del termine finale ²⁰⁶. Il presupposto, quindi, di una fattispecie negoziale alla base deriva da un approccio sistematico e letterale della norma in esame dal momento in cui la possibilità di escludere la successione del cessionario nei rapporti pendenti e sorti in forza di

²⁰⁴ Cfr. CIPOLLA O., *Note in tema di cessazione del contratto di affitto di azienda e di successione nei contratti da parte del locatore*, nota a sentenza Cass. civ., Sez. III, 7 novembre 2003, n. 16724, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 6, 1° giugno 2004, pag. 304; COLOMBO G.E., *L'azienda*, *op. cit.*, pag. 70; TEDESCHI G.U., *Impresa e lavoro*, in *Tratt. di diritto priv.*, diretto da Rescigno, vol. XVIII, Torino, 1988, pag. 42; CASANOVA M., *Impresa e azienda*, *op. cit.*, pag. 820; BONFANTE G., COTTINO G., *L'imprenditore*, *op. cit.*, pag. 662 ss; FERRARA F., *La teoria giuridica dell'azienda*, *op. cit.*, pag. 415; FERRARI G., *voce Azienda*, *op. cit.*, pag. 738. Cass. civ., 29 gennaio 1979, n. 632, in *Foro It.*, 1979, in cui la disciplina generale regolante la successione nei contratti risponde ad esigenze non solo di tutela delle parti ma anche di garanzia circa la circolazione dei valori economici emergenti dai contratti stipulati; Cass. civ., Sez. I, 16 giugno 2004, n. 11318 (rv. 573665), in *Giur. It.*, 2005, 81.

²⁰⁵ Cass. civ., 29 gennaio 1979, n. 632, in *Foro It.*, 1979; Cass. civ., 14 febbraio 1979, n. 969; in *Mass.*, 1979.

²⁰⁶ Cass. civ., Sez. III, 23 settembre 2015, n. 18805 (rv. 636889), in *CED Cassazione*, 2015. In particolare, v. Cass. civ., Sez. I, 9 ottobre 2017, n. 23581, in *Fallimento*, n. 1, 2018, pag. 26 ss.: “Per i fini dell'applicazione dell'art. 2558 c.c. la cessazione dell'affitto e la conseguente retrocessione dell'azienda devono ricollegarsi direttamente alla volontà contrattuale delle parti o ad un fatto da queste espressamente previsto nel contratto precedentemente stipulato”.

contratti stipulati dal cedente è resa possibile mediante patto espresso con cui le parti manifestano la propria volontà nella regolazione dei rapporti.

Ciò che quindi non convince di tale interpretazione è proprio il fatto che, escludendo dall'ambito di applicazione della disciplina successoria tutte le ipotesi in cui il trasferimento d'azienda non sia conseguenza di un'espressa volontà di parte piuttosto che di un fatto negoziale, non solo verrebbero pregiudicati gli interessi dell'affittuario ma anche le ragioni del locatore: il primo a seguito della retrocessione continuerebbe, infatti, a rispondere di tali contratti sebbene essi siano stati conclusi nell'interesse dell'azienda durante la sua gestione e il secondo, a causa di questa mancata successione, potrebbe vedere compromesse le esigenze di produttività della propria azienda²⁰⁷. Appare più ragionevole, quindi, ritenere la previsione di un patto contrario come mera possibilità di deroga alla successione automatica dei rapporti contrattuali senza che per questo esso venga considerato, in quanto espressione di una volontà negoziale, presupposto imprescindibile per il trasferimento d'azienda. La possibile adozione di un patto contrario rispetto alla successione automatica dei rapporti contrattuali in sede di retrocessione, infatti, non trova applicazione con riferimento ai rapporti di lavoro *ex art. 2112 c.c.*²⁰⁸. Riconoscendo, infatti, la retrocessione dell'azienda come vera e propria vicenda circolatoria, l'originario concedente in tale sede assume a sua volta gli obblighi di mantenimento dell'occupazione, anche con riferimento ai lavoratori assunti dall'affittuario²⁰⁹ purché però l'impresa retrocessionaria – ossia quella originariamente concedente – prosegua l'attività già esercitata in precedenza mediante l'immutata organizzazione dei beni aziendali²¹⁰.

L'interpretazione dominante, ritenendo la successione dei contratti come effetto naturale e automatico dei soli rapporti in equilibrio non ancora esauriti, relega la disciplina di cui all'art. 2560 c.c. ai debiti puri. Sulla base di una sistematica analisi

²⁰⁷ Cfr. CIPOLLA O., *op. cit.*, pag. 304.

²⁰⁸ Cfr. GALGANO F., *L'imprenditore*, Bologna, 1974, pag. 83; GRECO P., *Corso di diritto commerciale, Impresa-Azienda*, vol. II, Milano, 1975, pag. 283.

²⁰⁹ Cass. civ., Sez. lavoro, 26 luglio 2011, n. 16255 (rv. 618728), in *CED Cassazione*, 2011.

²¹⁰ Cass. civ., Sez. lavoro, 1° ottobre 2018, n. 23765 (rv. 650570-01), in *CED Cassazione*, 2018.

del dato normativo, il mancato richiamo all'affitto di azienda nell'art. 2560 c.c. – e conseguentemente anche alla sua retrocessione – è argomento sostenuto per escludere la configurabilità della corresponsabilità del locatore a seguito di cessazione del contratto d'affitto ²¹¹. La siffatta conclusione appare preferibile rispetto all'interpretazione minoritaria precedentemente citata, la quale sostiene invece come anche il debito derivante da un contratto sinallagmatico non ancora esaurito concluso dall'affittuario debba seguire le sorti del contratto stesso e quindi trasferirsi in capo al locatore in base alla considerazione della nozione di trasferimento contenuta proprio nel secondo comma, art. 2560 c.c. come di una fattispecie riferita anche alla restituzione dell'azienda al concedente successivamente alla cessazione del contratto di affitto ²¹². Ciò che però non convince è, *in primis*, l'iter argomentativo per giustificare una tale statuizione. Una lettura così estensiva dell'art. 2560 c.c. trova riferimento indiretto nella deroga contenuta all'interno della disposizione di cui all'art. 104-*bis*, sesto comma, L. fall. ²¹³, in tema di procedura fallimentare, tale per cui al momento della retrocessione al fallimento dell'azienda (o di un suo ramo) non si configura in capo alla procedura una responsabilità per i debiti maturati sino alla retrocessione, diversamente da quanto previsto dagli artt. 2112 e 2560 c.c. Tale previsione, in quanto espressamente prevista dal legislatore, pare sufficiente per statuire l'applicabilità dell'art. 2560 c.c. alla sede ordinaria, ritenendo – in assenza di

²¹¹ Cfr. COLOMBO G.E., *L'azienda, op. cit.*, pag. 289; TEDESCHI G.U., *op. cit.*, pag. 67. In giurisprudenza, v. Cass. civ., Sez. III, 12 marzo 2013, n. 6107, in *CED Cassazione*, 2013 in cui il motivo di doglianza riguardante l'erronea applicazione dell'art. 2560 c.c. in luogo dell'art. 2558 c.c. viene ritenuto fondato, statuendo come le sorti di un rapporto contrattuale – nel caso di specie, di un contratto di durata – ancora pendente al momento del trasferimento d'azienda sfugge alla previsione di cui alla prima norma citata, dovendosi di conseguenza ricadere nell'ambito di applicazione della seconda. Di conseguenza, l'art. 2560, comma 2, c.c. non può che trovare applicazione nelle ipotesi in cui i debiti siano in sé considerati e non invece collegati a posizioni contrattuali non ancora definite in cui il cessionario sia subentrato a norma dell'art. 2558 c.c.

²¹² Tale soluzione viene prospettata in Cass. civ., Sez. I, 9 ottobre 2017, n. 23581, in *Fallimento*, n. 1, 2018, pag. 26 ss., la quale, in via di continuità con la precedente Cass. civ., Sez. III, 7 novembre 2003, n. 16724 (nota 200) non solo conferma come la successione nei rapporti pendenti *ex art.* 2558 c.c. presupponga una volontà contrattuale alla base ma arricchisce il quadro complessivo dando lettura estensiva dell'art. 2560, comma 2, c.c.

²¹³ Oggi, art. 212, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Per un approfondimento si rimanda necessariamente al paragrafo 3.3.1. e seguenti.

tale inciso derogatorio – inevitabile la responsabilità da parte del concedente per i debiti maturati dall'affittuario.

Affidare però alla richiamata disposizione fallimentare una funzione esegetica del contenuto dell'art. 2560 c.c. attraverso un mero ragionamento “al contrario” non trova pacifica condivisione ma anzi appare preferibile discostarsene ²¹⁴. Il silenzio legislativo interpretato come esclusione dell'affitto d'azienda dall'ambito di applicazione dell'art. 2560 c.c. e il dato testuale ²¹⁵ fanno, infatti, propendere per l'esclusione di un'interpretazione analogica, in ragione soprattutto della temporaneità che caratterizza l'affitto d'azienda rispetto alla cessione della stessa ²¹⁶.

Pare, quindi, condivisibile la conclusione per cui la regola dell'accollo cumulativo *ex lege* dei debiti aziendali tra cedente e cessionario non trovi applicazione nell'ipotesi di affitto d'azienda e tantomeno nel caso della retrocessione dell'azienda affittata.

2.3. GLI ONERI DI FORMA E DI PUBBLICITÀ: LA TUTELA DELL’AFFIDAMENTO DEL TERZO.

Il contratto di affitto d'azienda soggiace poi alle norme previste in tema di azienda e per questo i relativi oneri di forma e pubblicità devono conformarsi ad esse. In particolare, senza esporre le problematiche di tale disciplina – soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della legge Mancino – essendo stata oggetto di indagine del precedente capitolo, ci si vuole semplicemente soffermare sugli aspetti principali che caratterizzano sotto questo profilo l'affitto d'azienda. Innanzitutto, la questione circa

²¹⁴ Cfr. PAGANI E., *Retrocessione al fallimento dell'azienda affittata e responsabilità della procedura per i debiti maturati*, in *Le Società*, n. 2, 2018, pag. 152.

²¹⁵ Il riferimento, come evidenziato da BONAVERA E.E., *Retrocessione dell'azienda affittata*, *op. cit.*, pag. 818 ss., è alle posizioni di “alienante” ed “acquirente” che non appaiono dunque conciliabili con le figure rispettivamente di locatore e affittuario dell'azienda.

²¹⁶ Oltre a quanto contenuto nella nota 174, a cui si rimanda, si ritiene di citare anche MARTORANO F., *L'azienda*, *op. cit.*, pag. 362, il quale considera addirittura superfluo il richiamo nell'art. 104-bis, L. fall. del secondo comma dell'art. 2560 c.c. in considerazione della sua inapplicabilità ad una vicenda temporanea di affitto; FIMMANÒ F., *L'affitto di azienda preesistente al fallimento*, in *Il caso.it*, 2008, pag. 7.

l'applicabilità dell'art. 2556 c.c. anche a tale ipotesi in esame deve risolversi positivamente dal momento in cui, oltre all'esplicito riferimento nel testo normativo, si è concordi nel riservare tanto ai contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà quanto quelli aventi ad oggetto il mero godimento d'azienda il medesimo trattamento²¹⁷. La vigenza di un generale principio di libertà di forma ai fini della validità del contratto, bilanciandosi con le particolari forme prescritte a pena di nullità previste per la circolazione di singoli beni appartenenti al complesso aziendale, consente di leggere la previsione di cui al secondo comma dell'art. 2556 c.c., così come configurato dalla l. 12 agosto 1993, n. 310, come impositiva di una forma integrativa a fini pubblicitari nel Registro delle imprese²¹⁸. È stata proprio l'attuazione del secondo comma avuta con la legge Mancino ad aver apportato notevoli migliorie in materia di affitto d'azienda in quanto il deposito per l'iscrizione di tale contratto a cura del notaio rogante o autenticante consente al giorno d'oggi di rendere edotto il terzo che contrae con l'affittuario della relativa natura di mero gestore in nome e per conto del proprietario²¹⁹. In effetti, in mancanza di un'apposita pubblicità legale circa l'avvenuta costituzione di affitto d'azienda che rendesse trasparente la qualifica imprenditoriale dell'affittuario derivante dall'operazione di sostituzione temporanea, il terzo avrebbe lecitamente continuato a ritenere responsabile il proprietario, contrastando con l'interpretazione proposta dell'art. 2560 c.c. in tema di debiti per cui con riferimento a quelli maturati in pendenza di affitto la responsabilità deve invece essere ascritta all'affittuario. La circostanza relativa all'assunzione da parte del gestore di obbligazioni in pendenza del godimento del bene concesso in affitto è stata interpretata alla luce del principio dell'apparenza giuridica come giustificativa della pretesa del terzo di richiedere la prestazione al proprietario concedente²²⁰. Appare però maggiormente condivisibile, nella misura in cui risulta

²¹⁷ Cfr. CASANOVA M., *Impresa e azienda*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Vassalli F., vol. I, Torino, 1974, pag. 760.

²¹⁸ Cfr. ARICÒ G., *Il contratto di affitto di azienda*, *op. cit.*, pag. 351.

²¹⁹ Cfr. COLOMBO G.E., *La cessione d'azienda. Lineamenti generali*, *op. cit.*, pag. 42 ss.

²²⁰ Cfr. FERRARA F., *La teoria giuridica dell'azienda*, *op. cit.*, pag. 412. In giurisprudenza, v. Cass. civ., Sez. III, 26 maggio 2004, n. 10133, in *Corriere Giur.*, 2004, 7, 876.

più coerente con le disposizioni riguardanti le sorti del patrimonio d'impresa, l'idea per cui l'assunzione da parte dell'affittuario di obbligazioni prima della scadenza del contratto non solo sia lecitamente prevista dall'art. 2561 c.c.²²¹ ma non configuri nemmeno presupposto per la configurabilità di apparenza giuridica²²² rimarcando, dunque, la responsabilità in capo a soggetti diversi in caso di debiti contratti anteriormente o in pendenza dell'affitto.

2.4. IL DIVIETO DI CONCORRENZA.

Se il regime di forma e i relativi obblighi pubblicitari non pongono questioni particolarmente diverse da quelle affrontate nel capitolo precedente, un'indagine più attenta necessita invece quello che viene considerato uno degli effetti naturali del contratto: il divieto di concorrenza. Analogamente all'ipotesi di trasferimento a titolo definitivo quale la cessione d'azienda, la disciplina di cui all'art. 2557 c.c. trova applicazione anche in capo al locatore dell'azienda affittata in virtù di un'espressa menzione al quarto comma da cui emergono però sostanzialmente due ordini di questioni in caso di trasferimento a titolo provvisorio²²³.

L'intrinseca temporaneità del godimento comporta come conseguenza altrettanto naturale la restituzione dell'azienda al locatore al termine del rapporto ed è proprio tale circostanza che mette in luce la questione attinente alla portata applicativa del divieto stesso in quanto oggetto di indagine e successivo dibattito dottrinale e giurisprudenziale è stata la riconoscibilità del divieto anche in capo all'affittuario nel momento di retrocessione, potendo essa considerarsi una vicenda circolatoria al pari del concessione in godimento dell'azienda da parte del locatore.

In quanto espressione di principi generali e governanti il nostro ordinamento come quello di esecuzione del contratto secondo buona fede e secondo equità²²⁴,

²²¹ Ai sensi dell'art. 2561 c.c., infatti, l'usufruttuario al pari dell'affittuario dell'azienda devono esercitarla sotto la ditta del proprietario.

²²² Cfr. COLOMBO G.E., *L'azienda*, op. cit., pag. 261;

²²³ Cfr. CIAN M., *Divieto di concorrenza (Trasferimento d'azienda)*, op. cit., pag. 149 ss.

²²⁴ Cfr. COLOMBO G.E., *L'azienda*, op. cit., pag. 173.

l'applicabilità del divieto di concorrenza prescinde da una previsione legislativa espressa o meno, precisando ulteriormente come l'aver considerato solo il rapporto "locatore – affittuario" non determini l'esclusione del rapporto inverso "affittuario – locatore" in quanto anche in quest'ultimo può lecitamente configurarsi un mutamento soggettivo nell'esercizio di impresa derivante da espressa volontà dei contraenti o per fatto da questi previsto ²²⁵. La logica in base alla quale si confina l'operatività del divieto ai soli eventi riconducibili alla volontà negoziale come il decorso del termine pattuito o l'avveramento di una condizione risolutiva e non invece a eventi che nulla hanno a che fare con essa come la risoluzione per inadempimento dell'usufruttuario, secondo autorevole dottrina non ha ragione di esistere, propendendo quindi per un'estensione ancora maggiore ²²⁶.

Oltre alla portata applicativa dell'art. 2557, quarto comma, c.c., tema discusso appare anche la sua estensione temporale, la quale opera nei confronti del locatore per l'intera durata del godimento altrui, passabile di essere superiore al limite quinquennale posto a carico del cedente ai sensi del primo comma ²²⁷. Ragionevole però appare la motivazione di tale disomogeneità temporale rispetto all'ipotesi di cessione a titolo definitivo dal momento in cui, essendo l'affitto una vicenda dal carattere provvisorio, è naturale porre l'affittuario nella condizione di poter pacificamente godere dell'azienda evitando che il concedente, in pendenza di affitto, possa arrecare un pregiudizio economico al contratto stipulato. Il punto critico emerge, tuttavia, con riferimento al dovere di astensione riconosciuto in capo all'affittuario una volta restituita l'azienda. Al fine di garantire uniformità di trattamento, si ritiene di rispondere positivamente a tale interrogativo sottoponendo tale soggetto ad un obbligo di *non facere* della durata quinquennale decorrente dalla

²²⁵ Cfr. COTTINO G., *Diritto Commerciale*, vol. II, Padova, pag. 257.

²²⁶ Cfr. CIAN M., *L'azienda tra diritto dei beni e regolazione dei fatti d'impresa – Prolegomena*, RDCo, 2016, vol. I, pag. 704.

²²⁷ Cfr. COLOMBO G.E. *L'azienda*, op. cit., pag. 215; TEDESCHI G.U., *L'azienda*, op. cit., pag. 63 ss.

restituzione, a prescindere che essa sia determinata o meno dal verificarsi di un evento riconducibile alla sfera della volontà negoziale ²²⁸.

2.5. IL CONTRATTO RENT TO BUY.

Configurandosi come prassi contrattuale diffusasi a fronte di una restrizione nell'accesso al credito volto all'ottenimento di finanziamenti e prestiti bancari a cui però non è seguito un calo dei bisogni primari della popolazione media ²²⁹, il *rent to buy* è un'operazione economica che consente al futuro acquirente di subentrare immediatamente nel godimento di un bene potendone diventare poi proprietario al termine di un periodo di tempo predeterminato. Caratterizzato da un'ampia flessibilità, dal momento in cui in capo a chi viene immesso nel godimento del bene non viene riconosciuto alcun obbligo di acquisto, il contratto *rent to buy* consente la programmazione di un effetto traslativo mediante un progressivo accantonamento del prezzo di vendita che si realizza mediante la corresponsione di un canone composto da una quota versata a titolo di godimento e da una quota versata invece a titolo di anticipo sul prezzo previsto per l'eventuale compravendita ²³⁰.

Nato dalla prassi anglosassone come reazione alla crisi del sistema finanziario con conseguente irrigidimento delle condizioni di offerta del credito, il contratto *rent to buy* trova un'esplicita disciplina nel nostro ordinamento essendo stato introdotto con il D.L. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. decreto Sblocca Italia) convertito poi con L. 11 novembre 2014 n. 164. Pensato inizialmente per fornire una soluzione percorribile nel settore immobiliare, il *rent to buy* si staglia come alternativa facilmente praticabile dal momento in cui un soggetto, volenteroso di acquistare un determinato bene immobile ma non disponendo di sufficiente liquidità e trovando

²²⁸ Cfr. PEIRANO P., *Divieto di concorrenza dell'affittuario di azienda dopo la scienza del contratto*, nota a sentenza Cass. civ., Sez. I, 23 settembre 1995, n. 10105, in *Notariato*, n. 3, 1996, pag. 231 ss.

²²⁹ Cfr. LIBERATORE G., MAZZI F., *Rent to buy d'azienda. Profili economico-aziendali*, in *Rent to buy di azienda, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, a cura di Landini S. e Palazzo M., 2016, pag. 115.

²³⁰ Cfr. POLETTI D., *Rent to buy immobiliare e rent to buy aziendale*, in *Rent to buy di azienda, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, a cura di Landini S. e Palazzo M., 2016, pag. 11.

particolarmente gravoso l'ottenimento di un finanziamento da parte di istituti bancari, mediante il sistema di accantonamento del prezzo versato durante il periodo di godimento del bene appare soggetto idoneo per poter non solo accedere ma anche ottenere tale credito²³¹. Con la finalità di porre il soggetto acquirente nella posizione di poter soddisfare i requisiti richiesti dagli istituti di credito pur non avendo la disponibilità immediata e necessaria ai fini dell'acquisto, nell'ottica di un generale risollevarlo delle transazioni economiche finanziarie, apprezzabili appaiono i vantaggi derivanti dal *rent to buy* in quanto, consentendo un accantonamento proiettato nell'orizzonte futuro dell'acquisto in proprietà del bene, si realizza in capo al soggetto da un lato uno storico creditizio proficuo per assicurare l'istituto di credito nel concedere o meno il finanziamento e dall'altro, grazie all'anticipazione mediante i canoni, un abbassamento dell'importo dovuto da versare con annesso calo del rischio per l'operazione di acquisto. Il proprietario del bene nonché venditore dello stesso con questo metodo, potendo coinvolgere anche soggetti che di per sé non verrebbero considerati come soggetti a cui concedere un prestito, si pone nella condizione di ottenere maggiori possibilità di vendita mettendo nel frattempo a reddito il bene mediante la percezione di un immediato introito consistente nel canone nell'ottica di realizzare una più facile e generale alienazione del bene stesso.

2.5.1 DAL RENT TO BUY IMMOBILIARE AL RENT TO BUY AZIENDALE.

Emergendo come modalità innovativa caratterizzata da un'iniziale scissione tra la titolarità di una situazione giuridica soggettiva e il godimento della stessa, facendo poi ritorno all'unitarietà che contraddistingue un'operazione di compravendita²³², il *rent to buy* appare uno strumento idoneo a collocarsi in linea di continuità anche con le esigenze circolatorie tipiche di un'azienda. Se si adotta una prospettiva in base alla quale si ricorre a tale contratto non alla luce di un mero intento

²³¹ Cfr. MARINO S., *Rent to buy: nuovo strumento contrattuale per favorire la ripresa delle transazioni immobiliari*, in *Vita not.*, 2014, pag. 1143.

²³² Cfr. POLETTI D., *Rent to buy immobiliare e rent to buy aziendale*, *op. cit.*, pag. 11.

dilazionatorio dell'acquisto quanto più invece per ottenere un godimento immediato dell'azienda al fine di consentire al conduttore una valutazione globale circa lo stato in cui versa l'azienda che si intende acquisire soppesando tanto l'effettiva capacità reddituale quanto la competitività della stessa, si noti ulteriormente come il *rent to buy* aziendale renda il suddetto conduttore a tutti gli effetti un imprenditore facendosi carico della gestione della stessa. Allo stesso tempo però l'applicazione di tale disciplina ad un bene quale l'azienda implica delle complicazioni alla luce della diversa natura rispetto al bene immobile. La natura statica di quest'ultimo si contrappone, infatti, alla natura dinamica del complesso aziendale oggetto di trasferimento, costituito non solamente dal singolo bene immobile ma anche da ulteriori beni materiali e immateriali²³³. Prima però di interrogarsi sulla possibilità in concreto, in base a quanto espressamente previsto all'art. 23 della L. n. 164/2014, di poter rendere oggetto della disciplina *rent to buy* anche beni ulteriori – quali l'azienda²³⁴ – rispetto a quelli specificatamente immobiliari, appare in via preliminare utile ripercorrere in sintesi il dibattito emerso con riferimento alla natura giuridica del suddetto art. 23²³⁵. Rubricato “Disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili”, nonostante appaia tipico in forza del richiamo espresso alla sola categoria immobiliare²³⁶, se si da seguito alla teoria secondo cui l'art. 23 risulterebbe qualificarsi come mero schema contrattuale, in luce ad una tipizzazione non rigida, si riuscirebbe a dare risposta positiva all'accogliibilità del bene azienda come oggetto di tale contratto e per questo, a valle, apparirebbero legittimate

²³³ Cfr. IACOPINI M., *Rent to buy e procedure concorsuali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 6, 2018, pag. 1430 ss. Per un'indagine più approfondita circa le sorti dei rapporti contrattuali nonché delle posizioni debitorie a seguito della sostituzione, nella prima fase del *rent to buy*, del proprietario con il conduttore si rinvia al successivo paragrafo 2.5.2.

²³⁴ Cfr. CASANOVA M., *voce Azienda*, *op. cit.*, pag. 75.

²³⁵ Ai sensi dell'art. 23, L. n. 164/2014: “*I contratti, diversi dalla locazione finanziaria, che prevedono l'immediata concessione del godimento di un'immobile, con diritto per il conduttore di acquistarlo entro un termine determinato imputando al corrispettivo del trasferimento la parte di canone indicata nel contratto, sono trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis c.c. La trascrizione produce anche i medesimi effetti di quella di cui all'art. 2643, comma 1, n. 8, del codice civile*”.

²³⁶ Cfr. TESTA A., *Il rent to buy: la tipizzazione sociale di un contratto atipico*, in *Imm. Propr.*, 2014, pag. 384.

anche le relative applicazioni analogiche ²³⁷. Il bene immobile, per quanto citato esplicitamente nella normativa in esame, non pare essere – a detta di parte della dottrina notarile – elemento essenziale del contratto potendosi di conseguenza configurare un complesso aziendale unitariamente considerato, comprensivo o meno di beni immobili, come oggetto di un contratto *rent to buy* che nei suoi elementi rimane schema contrattuale tipico poiché ricorrenti la concessione in godimento e la facoltà o il diritto di acquistare il bene oggetto del contratto con imputazione a corrispettivo dei canoni pagati mediante frazionamento ²³⁸. Il godimento finalizzato all'acquisto pieno della proprietà del bene e il frazionamento del canone appare, dunque, essere il binomio distintivo della fattispecie, nonostante sia doveroso riconoscere come tale schema operativo non appartenga esclusivamente alla l. n. 164/2014 essendo state previste ulteriori formule realizzanti il medesimo scopo ²³⁹. Tuttavia, è noto riscontrare come nel *rent to buy* d'azienda è proprio il godimento finalizzato alla successiva alienazione che si declina in un modo diverso rispetto ad altri schemi contrattuali: il godimento di cui beneficia l'affittuario consente di ritenere la gestione, dapprima imposta come obbligo ai sensi dell'art. 2561 c.c., un vero e proprio mezzo per rendere quanto più possibile produttivo il complesso di beni unitariamente considerato, nell'ottica del futuro acquisto da parte dell'affittuario ²⁴⁰.

²³⁷ Cfr. BARALIS G., *Rent to buy: primo repertorio di problemi teorici e pratici*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, pag. 347; SIDERI S., *Rent to buy di azienda. Principi, ammissibilità e tecniche operative*, in *Rent to buy di azienda, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, a cura di Landini S. e Palazzo M., 2016, pag. 41 ss.

²³⁸ Cfr. SIDERI S., *Rent to buy di azienda. Principi, ammissibilità e tecniche operative*, op. cit., pag. 44.

²³⁹ Si pensi alla locazione preordinata alla vendita, cfr. CALVO R., *La locazione preordinata alla vendita* (contributo allo studio del c.d. *rent to buy*), in *Studium iuris*, 2016, pag. 2 o anche all'ipotesi già individuata e analizzata al capitolo 1, paragrafo 1.3.1.1., ossia la vendita con riserva di proprietà.

²⁴⁰ Cfr. NAZZARO A.C., *Rent to buy di azienda: specificità dell'oggetto e funzioni (possibili) del contratto*, in *Rent to buy di azienda, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, a cura di Landini S. e Palazzo M., 2016, pag. 24.

2.5.2. LE CARATTERISTICHE DEL RENT TO BUY.

L'operazione di *rent to buy* d'azienda può essere considerata come avente struttura complessa e questo a fronte dell'utilizzo di tipologie contrattuali tipiche individualmente considerate e disciplinate: nella fase "*rent*", infatti, si ricorre allo schema tipico di un contratto di affitto d'azienda caratterizzato dal pagamento periodico di un canone mentre la fase "*buy*" si identifica con un contratto di cessione d'azienda²⁴¹.

Per quanto attiene alla fase di iniziale godimento dell'azienda, le sorti dei rapporti contrattuali ricalcano quanto previsto dalla disciplina dell'affitto d'azienda dal momento in cui, a fronte di un mutamento – anche se temporaneo – nella gestione dell'azienda, tali rapporti si troveranno trasferiti in capo al conduttore in un'ottica di mantenimento dell'efficienza produttiva²⁴². Il trasferimento in capo al medesimo soggetto dei debiti aziendali contratti anteriormente alla concessione in godimento però non consente di giungere alla medesima conclusione in quanto il carattere temporaneo della fase "*rent*" appare impedire la previsione di un loro automatico trasferimento, da alcuni però ritenuto lecitamente configurabile in virtù del successivo acquisto a titolo definitivo con integrale applicazione dell'art. 2560 c.c. nella fase "*buy*"²⁴³. In forza dell'accollo previsto dal secondo comma dell'appena citato art. 2560 c.c. sorgono però delle considerazioni rilevanti che, al contrario, rendono poco condivisibile l'idea che l'utilizzatore risponda dei debiti pregressi e antecedenti la

²⁴¹ Cfr. NAZZARO A.C., *Rent to buy di azienda: specificità dell'oggetto e funzioni (possibili) del contratto*, *op. cit.*, pag. 22.

²⁴² Il mantenimento dell'efficienza produttiva nonché organizzativa e degli impianti appare uno dei principali obblighi dell'affittuario, ai sensi dell'art. 2561, comma 2, c.c. come indicato nel paragrafo 2.2.2. Come acutamente analizzato da IACOPINI M., *Rent to buy e procedure concorsuali*, *op. cit.*, pag. 1432, tale obbligo in una dinamica *rent to buy* appare produttivo di vantaggi tanto per il proprietario – nel caso in cui l'affittuario non manifesti la volontà di acquistare l'azienda – quanto per il futuro acquirente – nel caso in cui, al contrario, voglia proseguire con l'acquisto – in modo da avere, in entrambi i casi, un bene ancora operativo e produttivo senza la necessità di intervenire per ristabilire le condizioni iniziali anteriori all'operazione di *rent to buy*.

²⁴³ Cfr. POLETTI D., *Rent to buy immobiliare e rent to buy aziendale*, *op. cit.*, pag. 16; NAZZARO A.C., *Rent to buy di azienda: specificità dell'oggetto e funzioni (possibili) del contratto*, *op. cit.*, pag. 23.

concessione in godimento dell'azienda. Partendo dal presupposto che l'automaticità del trasferimento dei debiti pregressi troverebbe ragion d'essere se alla fase "rent" seguisse la fase "buy", il *rent to buy* si configura però come operazione flessibile e non impositiva di un obbligo di acquisto in capo al conduttore, il quale, al termine del periodo di godimento, rimane, libero di manifestare la mancata volontà di procedere al successivo acquisto del complesso aziendale. La configurazione in fase di godimento di una corresponsabilità per i debiti anteriori all'operazione secondo lo schema dell'accollo risulterebbe quindi oltre modo pregiudizievole per il patrimonio dell'affittuario qualora venisse meno la sua intenzione di acquisto²⁴⁴. I rilievi appena evidenziati in tema di posizioni debitorie conducono all'idea per cui appaia quantomeno più coerente l'applicazione della disciplina prevista in tema di affitto d'azienda secondo cui l'affittuario risponde dei soli debiti personalmente contratti per l'esercizio dell'attività di impresa non essendo responsabile invece per quelli contratti precedentemente, i quali di conseguenza continuano a gravare sul proprietario²⁴⁵.

Per quanto attiene invece alla seconda fase, rivolta all'acquisto dell'azienda da parte di colui al quale ne è stato concesso il godimento, una questione da cui emergono una serie di spunti riflessivi concerne invece le modalità con cui la figura del terzo si rapporti con lo schema operativo del *rent to buy*. Non sembrano esserci, in primo luogo, ragioni per negare che in sede di stipulazione del contratto di *rent to buy* concedente e conduttore possano prevedano la produzione degli effetti traslativi dell'acquisto a titolo definitivo in favore di un soggetto terzo invece che in favore del conduttore stesso²⁴⁶. Una volta perfezionato il contratto però la sostituzione di un contraente originario con il terzo può avvenire nell'unica ipotesi in cui quest'ultimo prenda il posto del conduttore ai sensi dell'art. 1406 c.c. poiché se fosse possibile

²⁴⁴ Cfr. IACOPINI M., *Rent to buy e procedure concorsuali*, op. cit., pag. 1432.

²⁴⁵ Cfr. SIDERI S., *Rent to buy di azienda. Principi, ammissibilità e tecniche operative*, op. cit., pag. 47.

²⁴⁶ Si precisa come la deviazione degli effetti in favore di un terzo risponda allo schema tipico del contratto a favore di terzo ex art. 1411 c.c. con la precisazione, secondo SIDERI S., *Rent to buy di azienda. Principi, ammissibilità e tecniche operative*, op. cit., pag. 48, per cui sia necessaria un'accettazione espressa da parte dello stesso dal momento in cui acquistando l'azienda a titolo definitivo egli rivestirà di conseguenza la qualifica imprenditoriale. In giurisprudenza relativamente al contratto a favore di terzo ad effetti reali, v. Cass. civ., Sez. II, 27 giugno 2011, n. 14180 (rv. 618387), in *CED Cassazione*, 2011.

surrogare il terzo al concedente verrebbe meno il presupposto della titolarità dell'azienda che risulta essere oggetto del contratto.

Guardando, infine, al regime pubblicitario, al pari di un contratto d'affitto d'azienda e di un contratto di cessione d'azienda singolarmente individuati, anche coloro che stipulano un contratto *rent to buy* devono ottemperare all'obbligo di iscrizione nel Registro delle imprese tanto dell'atto con cui si dispone il godimento del bene quanto di quello concernente il trasferimento definitivo della proprietà del medesimo così da renderli opponibili ai terzi facendo sorgere in loro capo una presunzione assoluta di conoscenza dei fatti iscritti e una presunzione relativa di ignoranza in merito ai fatti non iscritti. Ciò che si vuole in questa sede ribadire è sottolineare come l'iscrizione nel Registro delle imprese mantenga la propria efficacia dichiarativa, non integrando quindi un meccanismo pubblicitario produttivo di effetti prenotativi – al pari della trascrizione di un contratto preliminare di vendita ²⁴⁷. Nell'ipotesi appena citata, infatti, la trascrizione nei registri immobiliari del preliminare, pur avendo anch'essa efficacia dichiarativa, ha natura dirimente dei conflitti tra opposte pretese provenienti o da più acquirenti interessati al medesimo bene e dall'acquirente e dai creditori pignoranti. L'iscrizione del contratto *rent to buy*, invece, non risulta essere mezzo idoneo per risolvere conflitti di questo genere, dovendo per l'appunto volgere l'attenzione al criterio della priorità del titolo d'acquisto per individuare a chi spetti il bene oggetto del contratto tenendo a mente però la vigenza e la conseguente applicabilità delle specifiche regole di circolazione individuate per determinate tipologie di beni ²⁴⁸.

²⁴⁷ Cfr. POLETTI D., *Rent to buy immobiliare e rent to buy aziendale*, op. cit., pag. 16.

²⁴⁸ Cfr. PALAZZO M., *Rent to buy di azienda: interessi sotteri e opponibilità ai terzi*, in *Rent to buy di azienda*, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, a cura di Landini S. e Palazzo M., 2016, pag. 35.

CAPITOLO 3 – IL TRASFERIMENTO DELL’AZIENDA NELLA CRISI D’IMPRESA

3.1. IL PERCORSO EVOLUTIVO DELLA CRISI D’IMPRESA.

Il sistema azienda, dinamicamente inteso, aspira al raggiungimento di un equilibrio economico e alla sua tendenziale conservazione così da consolidarsi nel mercato come operativo, efficiente ma soprattutto dotato di piena autonomia funzionale. La vitalità che lo contraddistingue si manifesta nell’alternarsi di fasi positive e negative potendosi, di conseguenza, parlare di crisi aziendale solo a seguito dell’evolversi graduale di un inesorabile processo di crescente peggioramento ed erosione delle condizioni di equilibrio. La frequenza con cui le fasi di contrattura si manifestano pare essere indicatore ottimale per l’espletamento di interventi volti alla ripresa del complesso, in particolar modo alla luce della stretta interconnessione sussistente tra i vari componenti dello stesso. Il sistema, si ribadisce, non entra in crisi repentinamente ma progressivamente, sviluppandosi in stadi con specifiche caratteristiche e peculiarità ²⁴⁹. Si è soliti quindi isolare, in prima battuta, la fase non ancora irreversibile del declino composta dall’embrionale emersione di segnali di squilibrio economico non facilmente percepibili a causa della loro lieve entità ma che se non individuati tempestivamente possono causare perdite economiche e riduzione dei flussi reddituali con conseguente inadeguatezza nel far fronte alle obbligazioni pianificate. L’erosione causata da una sempre maggiore mancanza di liquidità comporta il raggiungimento dello stadio di crisi, intendendo per questa la situazione di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l’insolvenza del debitore ²⁵⁰.

²⁴⁹ Cfr. LADOGANA S., *Riforma della Legge fallimentare: le novità per punti*, in *Amministrazione & Finanza*, n. 6, 2019, pag. 62.

²⁵⁰ Con l’adozione del nuovo Codice, infatti, il concetto di crisi assume una propria dimensione autonoma. Ai sensi dell’art. 2, Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, la probabile insolvenza del debitore è elemento definitorio della fattispecie, esprimendosi sintomatologicamente nell’inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi. Ai fini di una maggiore completezza, l’articolo in esame considera la citata insolvenza – in linea di continuità con la legge

La mancanza di equilibrio delle risorse interne rispetto alle condizioni di mercato accompagnata dal perpetrarsi di inefficienze gestionali e dall'incapacità nel far fronte agli impegni assunti si rispecchia esternamente mediante inadempimenti che deteriorano tanto l'immagine finanziaria del complesso quanto la fiducia riposta nel progetto aziendale dagli *stakeholders* nonché dalla clientela e dal personale dipendente. Lo stato di insolvenza così ingeneratosi è causa di diffusi malcontenti nella rete relazionale creata dall'impresa: dal rischio di mancato pagamento sofferto dai fornitori al timore per l'imprenditore stesso di mancata concessione di finanziamenti da parte degli istituti di credito per mettere in atto tentativi di risanamento. La permanenza irreversibile di uno squilibrio patrimoniale, economico e finanziario così maturato non può che portare al dissesto con conseguente disgregazione del sistema azienda.

Intervenire prima che la situazione sia incontrovertibile è comunque possibile mediante la corretta individuazione e valutazione dei fattori scatenanti la crisi. Lo stato patologico della crisi emerge dalla concomitanza di fattori meramente interni, riferiti nello specifico alle doti personali dei protagonisti della vita aziendale, e di dinamiche sfuggenti al controllo operato da questi soggetti. L'incapacità gestoria nonché la non curanza in termini di attuazione di piani efficaci ma soprattutto strategici caricano la figura imprenditoriale di una responsabilità rilevante, nonostante, alla luce del contesto relazionale nel quale l'azienda stessa si trova ad operare, le logiche di mercato non possono non influenzare in modo rilevante l'impresa che, essendo interessata a mantenere inalterata la propria competitività sul settore di riferimento, risulterà maggiormente incline ad adattarsi ai continui mutamenti esterni.

fallimentare – come “*lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*”. La scelta conservativa adottata dal legislatore è evidenziata da GREGGIO M., *Finalità e tipologie di piano concordatario: prime osservazioni al “nuovo” art. 84 del Codice della crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 2022, pag. 6.

3.1.1. DALLA LEGGE FALLIMENTARE AL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA: QUALCHE CENNO.

La corretta analisi delle cause scatenanti una situazione di crisi consente la percorribilità di alternative volte ad evitare di considerare il dissesto come unico epilogo possibile. L'ipotesi di generale fuoriuscita dalla situazione di declino, o peggio, di crisi è, quindi, possibile adottando strumenti che ne consentano il risanamento.

La ricerca di percorsi alternativi alla liquidazione del complesso aziendale è però esigenza maturata in tempi successivi rispetto al R.D. del 16 marzo 1942, n. 267, il quale, nell'ottica di perseguire l'interesse pubblico primario nonché la salvaguardia delle ragioni creditorie, puntava ad espungere l'impresa mal funzionante dal mercato a titolo sanzionatorio ²⁵¹. L'evidente disinteresse alla conservazione nonché alla continuazione dell'impresa letto in combinato con la tendenza a volerla eliminare mediante una liquidazione atomistica apparivano quindi i tratti essenziali della disciplina fallimentare ²⁵². Il quadro storico non può in tal sede essere ignorato ed è convinzione diffusa che l'assetto normativo fallimentare risulti inscindibilmente legato alle esigenze di natura economica mutate nel tempo. L'aderenza alla realtà economica è, infatti, esigenza primaria e particolarmente sentita fin dagli anni '70, periodo in cui le prime implementazioni della legge fallimentare non potevano che essere espressione della reazione ad un contesto economico-finanziario in crisi ²⁵³. Il salvataggio di particolari categorie di imprese traspariva come scopo principale comportando l'inizio del progressivo consolidamento di un approccio curante di

²⁵¹ Tale concezione, figlia di un retaggio storico medievale, deriva dalla considerazione dell'imprenditore insolvente come di un imprenditore incapace a cui si accompagna la necessità di espellere dal mercato l'impresa perché in grado di danneggiare gli interessi dei creditori, cfr. FABIANI M., *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, pag. 25.

²⁵² Cfr. PALUCHOWSKI A., *I mutevoli orizzonti del diritto della crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 2022, pag. 2.

²⁵³ Il contesto di generale crisi, descritto nei suoi tratti economici, *ex multis*, da DANОВI A., *Risanamento e crisi dell'impresa nel sistema italiano*, Milano, 2021, ha necessariamente potenziato alcuni istituti già presenti nella legge fallimentare, come l'amministrazione controllata, e ha condotto all'adozione di leggi rivolte alle grandi imprese come la L. 3 aprile 1979, n. 95 (c.d. Legge Prodi).

esigenze diverse rispetto alla mera eliminazione dell'impresa dal mercato di riferimento. Pur a fronte di successivi interventi di integrazione della disciplina, era chiaro che si cercasse di dare spazio a procedure volte alla prosecuzione più che alla dismissione dell'impresa in crisi ²⁵⁴. Tale approccio fu mantenuto anche nel nuovo millennio e venne altresì potenziato nel corso della c.d. stagione delle riforme, la cui natura innovatrice si combinava con un radicale mutamento dell'impianto fallimentare ²⁵⁵ non solo in ragione della maggiore utilità derivante dal risanamento con successivo ricollocamento dell'azienda ma anche mediante l'introduzione di strumenti idonei a tal fine. Nell'intricata rete degli interventi legislativi però l'epocale modifica sistematica si ha con il D.lgs. n. 14/2019, ossia il "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" la cui entrata in vigore è datata 15 luglio 2022 in forza del D.lgs. n. 83/2022 che ha recepito la Direttiva *Insolvency* ²⁵⁶.

Traendo le prime conclusioni in tema, la nuova regolamentazione della crisi d'impresa vuole prendere le distanze dall'ormai anacronistica legge fallimentare, quasi normalizzando la situazione di difficoltà d'impresa e prevedendo per l'appunto degli strumenti idonei per una sua tempestiva risoluzione.

3.1.2. IL CONTRATTO D'AFFITTO COME STRUMENTO NELLA GESTIONE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA.

La preferenza accordata dal legislatore verso soluzioni che prediligano il funzionamento dell'azienda piuttosto che la cessione delle singole componenti con conseguente dissoluzione della medesima appare elemento centrale del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ²⁵⁷. Il contratto di affitto d'azienda si presta ad essere

²⁵⁴ Anche l'intervento della c.d. Legge Prodi bis considera il nuovo orizzonte del risanamento come percorribile coniugandolo con la pur sempre necessaria tutela dei creditori: cfr. DISEGNI G, *L'impresa in crisi: Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2014, pag. 11.

²⁵⁵ Primo tra tutti gli interventi di quel periodo è stato il D.L. n. 35/2005 convertito poi in L. n. 80/2005 seguito poi dal D.lgs. n. 5/2006 e dal D.lgs. n. 169/2007, tutti consultabili in *Gazzettaufficiale.it*.

²⁵⁶ Il recepimento della Direttiva 2019/1023 offre l'occasione per integrare le disposizioni del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza con gli obiettivi europei in un'ottica di generale uniformità.

²⁵⁷ Cfr. GUIOTTO A., *Il trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali*, in *Riv. Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 10, 2023, pag. 1201.

impiegato tanto nella fase fisiologica dell'attività d'impresa quanto in quella patologica risultando mezzo idoneo e strumentale a soddisfare esigenze eterogenee in base alla modalità scelta per affrontare la situazione di crisi. L'impiego del contratto in esame appare utile per la salvaguardia del c.d. *going concern*²⁵⁸ così da impedire la paralisi operativa dell'attività che potrebbe determinarsi a seguito della sopravvenuta limitazione nell'accesso al credito bancario piuttosto che dell'insostenibilità dei costi ormai sedimentati²⁵⁹. La tutela del ceto creditorio è concetto chiave nella disamina delle motivazioni determinanti l'impiego del contratto di affitto d'azienda in quanto orientata a garantire una misura percentuale di soddisfacimento per i creditori maggiore di quella ricavabile dalla liquidazione atomistica delle singole componenti aziendali. Il loro miglior soddisfacimento, unico obbiettivo espresso nella legge fallimentare ma esigenza da garantire anche nel caso di continuità aziendale, mediante l'adozione del contratto di affitto d'azienda al giorno d'oggi potrebbe realizzarsi tramite i flussi di cassa derivanti dalla corresponsione dei canoni di affitto comportando tra l'altro, nel caso di inevitabile liquidazione, una maggiore celerità nell'ottenimento del beneficio per tale ceto qualora il contratto stipulato appaia strumentale alla successiva cessione dell'azienda. L'adozione del contratto di affitto d'azienda pare, quindi, prospettabile tanto in assenza di una conclamata situazione di insolvenza quanto in presenza di evidenti segnali di *default* che conducono all'apertura di una procedura concorsuale²⁶⁰.

Affidare la propria azienda a terzi potrebbe, però, esporre l'imprenditore al rischio di una riduzione del valore aziendale causata da scelte adottate dall'affittuario non apprezzabili in termini di convenienza a seguito di una gestione discutibile. Il rischio di mancato adempimento nella corresponsione del canone, inoltre, potrebbe rappresentare l'inizio di una serie concatenata di eventi a danno dei creditori dal momento in cui la mancanza di liquidità derivante dall'inadempimento dell'affittuario potrebbe inficiare il funzionamento dell'azienda stessa nell'ottica del miglior

²⁵⁸ Tribunale Roma, Sez. fall., 24 marzo 2015, in *Onelegale.it*.

²⁵⁹ Cfr. CACCIAPAGLIA L., ANNICCHIARICO M., DE GAETANO D., MERCURIO G., *Affitto di azienda. Aspetti civilistici, contabili, fiscali e in materia di crisi d'impresa, op. cit.*, pag. 164.

²⁶⁰ Cass. civ., Sez. I, 30 settembre 2004, n. 19611 (rv. 577451), in *CED Cassazione*, 2004.

soddisfacimento di tale ceto. Allo stesso tempo però la previsione di un trasferimento temporaneo a favore di un soggetto terzo quale appunto l'affittuario potrebbe impedire all'imprenditore di porre in essere, in costanza di gestione, atti idonei a depauperare ulteriormente il patrimonio aggravando e accelerando dunque il dissesto aziendale.

3.2. L'AFFITTO DI AZIENDA E IL CONCORDATO PREVENTIVO.

3.2.1. EXCURSUS NORMATIVO DEL CONCORDATO PREVENTIVO.

Il concordato preventivo è uno strumento di risoluzione della crisi aziendale che, mediante la predisposizione di un piano, consente ai creditori di essere soddisfatti attraverso la continuità aziendale o, in alternativa, la liquidazione patrimoniale.

Nella sua versione originaria, il concordato preventivo appariva soluzione percorribile solo dopo il vaglio positivo circa il possesso da parte dell'imprenditore di specifici requisiti ai fini dell'ammissibilità alla procedura che si accompagnava poi all'assunzione di un impegno di natura soddisfattiva nei confronti del ceto creditorio riguardante almeno il quaranta per cento dei crediti chirografari entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato ovvero, in generale, la cessione dei beni appartenenti al patrimonio purché idonei a soddisfare le rispettive esigenze²⁶¹.

²⁶¹ Ai sensi dell'art. 160, D.R. n. 267/1942, rubricato "Condizioni per l'ammissione alla procedura":
"L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza, fino a che il suo fallimento non è dichiarato, può proporre ai creditori un concordato preventivo secondo le disposizioni di questo titolo, se:

- 1) è iscritto nel registro delle imprese da almeno un biennio o almeno dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, ed ha tenuto una regolare contabilità per la stessa durata;
- 2) nei cinque anni precedenti non è stato dichiarato fallito o non è stato ammesso a una procedura di concordato preventivo;
- 3) non è stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio.

La proposta di concordato deve rispondere ad una delle seguenti condizioni:

- 1) che il debitore offra serie garanzie reali o personali di pagare almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato; ovvero,

Protagonista della stagione delle grandi riforme susseguitesesi dal 2005 in poi, il concordato preventivo ha visto mutare profondamente il proprio contenuto normativo ingenerando difficoltà applicative non indifferenti e impedendo il consolidamento di indirizzi giurisprudenziali costanti ²⁶². L'incisività di tali modifiche, facendo venire meno il carattere premiale ed eliminando i requisiti personali dell'imprenditore per l'accesso alla procedura, si esprimeva nell'affievolimento del controllo giudiziale a cui seguiva il riconoscimento di una maggiore autonomia dei soggetti partecipanti. A pochi anni di distanza la necessità di intervenire tempestivamente per far fronte alla crisi economica ha condotto all'adozione di misure urgenti per contrastare il fenomeno cercando di risollevarne le sorti delle imprese italiane. Di rilevante impatto è stata, per l'appunto, l'introduzione di disposizioni ad opera del Decreto Sviluppo convertito poi in L. il 7 agosto 2012, n. 134, in particolare – per quanto interessa il tema d'indagine del presente elaborato – dell'art. 186-*bis* avente ad oggetto il concordato con continuità ²⁶³, pur non avendo statuito nulla in merito all'utilizzo dell'affitto d'azienda ²⁶⁴. La c.d. “*Miniriforma*” del 2015, conscia della portata innovativa e della potenzialità dello strumento concordatario, non ha fatto altro che incentivarne l'utilizzo. L'introduzione del principio di competitività all'interno della procedura concordataria e la riduzione, per il solo concordato liquidatorio, della percentuale minima di soddisfacimento dei chirografari di cui all'art. 160 L. fall. nella

se è proposta una dilazione maggiore, che egli offra le stesse garanzie per il pagamento degli interessi legali sulle somme da corrispondere oltre i sei mesi;

2) che il debitore offra al creditore per il pagamento dei suoi debiti la cessione di tutti i beni esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta di concordato, tranne quelli indicati dall'articolo 46, sempreché la valutazione di tali beni faccia fondatamente ritenere che i creditori possano essere soddisfatti almeno nella misura indicata al n. 1”.

²⁶² Cfr. GREGGIO M., *Il concordato preventivo nel codice della crisi: il crepuscolo del “Re”*, in *Fallimenti e Società*, 2019, pag. 3.

²⁶³ Un rilievo critico, evidenziato da AMBROSINI S., *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori*, in *Il caso.it*, 2018, pag. 1, riguarda la natura non innovativa dell'art. 186-bis L. fall. Citando STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, pag. 1225, l'Autore ritiene che essa sia rappresentazione di una delle possibili declinazioni dell'istituto già presente del concordato preventivo.

²⁶⁴ Questo ha comportato inevitabili difficoltà in termini di riconducibilità del contratto in esame alla disciplina del concordato con continuità. Si rinvia, pertanto, al paragrafo 3.2.2.

misura del venti per cento si poneva come obiettivo la regolamentazione della crisi d'impresa in un'ottica di risanamento mediante, al contempo, la soddisfazione del ceto creditorio. Il veloce *excursus*, senza alcuna pretesa di esaustività, ha il solo intento di dare conto della sovrapposizione di provvedimenti normativi a cui non ha fatto seguito il coordinamento con le previsioni preesistenti generando disorientamenti interpretativi in netto contrasto con il principio di certezza del diritto. Volgendo, infine, lo sguardo alla normativa attualmente vigente, il D. lgs. 17 giugno 2022, n. 83, attuativo della Direttiva 2019/1023 (c.d. Direttiva *Insolvency*), disciplina il concordato preventivo all'art. 84, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Considerato tutt'ora strumento efficace per la risoluzione della crisi d'impresa o per il recupero di potenzialità in situazioni non ancora irreversibili, dal dispositivo in vigore è possibile ricavare le modalità attraverso cui si realizza il soddisfacimento dei creditori mediante la predisposizione del piano: con un concordato con continuità aziendale ovvero con un concordato liquidatorio²⁶⁵.

3.2.1.1. (SEGUE). IL CONCORDATO PREVENTIVO TRA LIQUIDAZIONE E CONTINUITÀ. I CONCORDATI MISTI.

La convinzione che il salvataggio dell'azienda assicuri un maggior giovamento rispetto alla mera liquidazione patrimoniale è espressamente manifestata dal legislatore a seguito della riforma organica del diritto concorsuale²⁶⁶. È infatti nota e facilmente desumibile dalla normativa attualmente vigente la primazia del concordato con continuità, a scapito di quello liquidatorio, costituendo quest'ultimo un'alternativa di certo percorribile ma non ampiamente apprezzata. L'art. 84, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, dedica infatti a quest'ultimo istituto unicamente il quarto comma, il quale richiede come requisiti di accesso non solo l'incremento della massa patrimoniale di almeno il dieci per cento da realizzarsi

²⁶⁵ Cfr. AMBROSINI S., *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori*, op. cit., pag. 1.

²⁶⁶ Cfr. CANALE G., *Affitto d'azienda e concordato preventivo tra passato, presente e futuro*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 3-4, 2020, pag. 600.

mediante l'impiego dei propri mezzi ma anche il limite minimo di soddisfacimento dei creditori chirografari pari ad almeno il venti percento del debito complessivo. Sebbene la vantaggiosità per i creditori appaia esigenza costante da garantire, essa non si considera soddisfatta unicamente mediante la mera liquidazione del complesso aziendale poiché tale scopo appare raggiungibile anche grazie alla prosecuzione dell'attività d'impresa. L'ammissibilità, quindi, ad una procedura ispirata alla continuità aziendale, rispetto all'alternativa liquidatoria, deve valutarsi rapportando il miglior soddisfacimento del ceto creditorio con un'effettiva prospettiva di risanamento aziendale ²⁶⁷.

Per accedere ad entrambe le modalità concordatarie è però necessaria la complementare sussistenza della qualifica di imprenditore commerciale non sottosoglia ²⁶⁸ e la presenza dello stato di crisi ovvero di insolvenza ²⁶⁹. La domanda di concordato presentata dal soggetto dotato dei suddetti requisiti deve poi basarsi su un piano ²⁷⁰ la cui fattibilità viene accertata e corroborata mediante il deposito, a cura del debitore, di una relazione operata da un professionista indipendente ²⁷¹. L'obbligatorietà di tale relazione viene sostenuta alla luce della prescrizione

²⁶⁷ Cfr. DE GAETANO D., *Le novità in materia di codice della crisi: il concordato preventivo*, in *fiscoetasse.com*, 2022.

²⁶⁸ Il requisito soggettivo, ricavabile dal comma 1 dell'art. 84, risulta il medesimo di quello previsto per la liquidazione giudiziale, ai sensi dell'art. 121, la cui trattazione è approfondita nel paragrafo 3.3.

L'esclusione degli imprenditori agricoli ricavabile dal dettato normativo appare secondo AMBROSINI S., *Il nuovo concordato preventivo*, *op. cit.*, pag. 6 come anacronistico e privo di giustificazione, nonostante tale categoria imprenditoriale possa sempre accedere a strumenti alternativi previsti dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

²⁶⁹ Per la definizione di "crisi" e di "insolvenza" quali presupposti oggettivi per l'accesso al beneficio del concordato si rimanda alla nota 250. Si noti come, nell'ottica di concordato preventivo con continuità lo stato di insolvenza debba necessariamente considerarsi reversibile e superabile, non potendo altrimenti essere utilizzata tale modalità.

²⁷⁰ Il contenuto del piano è descritto all'art. 87, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Per rimarcare la considerazione per cui la liquidazione giudiziale viene ritenuto rimedio di *extrema ratio*, il debitore nella domanda di accesso al concordato deve indicare anche le ragioni per cui la proposta concordataria è preferibile rispetto all'ipotesi liquidatoria.

²⁷¹ Il terzo comma dell'art. 87, infatti, tale relazione è volta anche ad accertare la veridicità dei dati aziendali assicurando, nel caso in cui il concordato preventivo sia di natura continuativa, l'impedimento o il superamento dell'insolvenza, la sostenibilità economica dell'impresa e il riconoscimento di un opportuno trattamento a favore dei creditori.

nell'ultimo periodo del terzo comma dell'art. 87, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, per cui essa è richiesta anche nel momento di successive modifiche della proposta di concordato o del piano stesso. Per quanto ritenute sostanziali, tali modifiche infatti non appaiono di rilievo maggiore rispetto al contenuto originario del piano. In altre parole, il contenuto del piano – ancora di più se con continuità aziendale – andrebbe a priori attestato, indipendentemente dall'insorgere di eventuali e future correzioni ²⁷². Ulteriore argomentazione per escludere la natura facoltativa della relazione è considerare il supporto che essa rappresenta per lo scrutinio successivo operato dal tribunale in sede di apertura del concordato.

I maggiori problemi interpretativi sorgono però nel momento in cui si cerca di individuare il criterio da utilizzare nei c.d. concordati misti ²⁷³, tenendo conto delle indubbe agevolazioni per il debitore nel caso di concordato con continuità aziendale.

La teoria in tema di contratti misti basata sull'applicazione combinata delle norme del concordato liquidatorio con quelle del concordato con continuità è parsa cedevole rispetto al criterio della prevalenza in virtù del quale, una volta individuata la tipologia di concordato preponderante, si applicavano le sole norme ad essa relative ²⁷⁴. L'utilizzo in un primo momento di quest'ultimo criterio generava comunque approcci eterogenei con conseguenti risultati incerti: da un lato vi era chi propendeva a interpretare tale prevalenza come meramente quantitativa con la conseguenza che sarebbe stata applicata la disciplina del concordato con continuità qualora il debitore avesse dimostrato i maggiori ricavi derivanti dalla continuazione dell'attività – diretti

²⁷² Cfr. AMBROSINI S., *Il nuovo concordato preventivo*, op. cit., pag. 11.

²⁷³ La fattispecie, la cui definizione è stata ricavata dal contributo di ARATO M., *Il concordato con continuità nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Il Fallimento*, n. 7, 2019, pag. 859, si ritiene sussistente nel momento in cui il piano concordatario preveda sia la continuazione aziendale sia la liquidazione dei beni non funzionali ad essa.

²⁷⁴ Il criterio della combinazione non appariva convincente neanche prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice: MAROTTA F., *Il concordato misto: prevalenza quantitativa o qualitativa? La soluzione legislativa e gli (opposti) orientamenti giurisprudenziali*, in *Il caso.it*, 2018, sosteneva infatti come l'adozione di un tale approccio non rendesse conciliabili a monte nemmeno i presupposti di ammissibilità della domanda di concordato preventivo nella parte in cui per il concordato liquidatorio si richiedeva – e si richiede tutt'ora – una percentuale minima di pagamento ai creditori, requisito non sussistente con riferimento invece alla modalità continuativa.

al soddisfacimento del ceto creditorio – rispetto a quelli prospettabili a seguito di liquidazione patrimoniale, dall’altro chi invece abbracciava una visione più qualitativamente orientata, il cui criterio discretivo era piuttosto l’idoneità del piano all’oggettiva prosecuzione d’impresa. Il terzo comma dell’art. 84, nella versione originaria del D. lgs. n. 14/2019, pareva aver dato una prima risposta all’interrogativo sorto, stabilendo una presunzione assoluta della prevalenza ²⁷⁵. Nel concordato con continuità aziendale, infatti, i creditori sarebbero stati soddisfatti in misura prevalente dal ricavato derivante dalla continuità aziendale, sia essa diretta che indiretta. L’effetto ottenuto era però quello di limitare il ricorso al concordato con continuità più che incentivarlo poiché, in presenza di domande di concordato liquidatorio in apparenza maggiormente soddisfattive per il ceto creditorio, quelle di concordato con continuità apparivano di conseguenza inammissibili. L’adozione di un criterio meramente quantitativo era però fortemente criticato in quanto non curante della circostanza per cui la dismissione di cespiti aziendali – i cui ricavi rendevano maggiormente soddisfattiva la modalità liquidatoria – se venivano poi reintrodotti nel ciclo produttivo non sarebbero comunque andati a favore dei creditori ma avrebbero, al contrario, supportato il principio di continuità aziendale ²⁷⁶.

In forza del corto circuito così prodotto, si propende ora per l’abbandono del metodo della prevalenza ²⁷⁷: il criterio discretivo relativamente alla scelta della disciplina applicabile non dipende più da un semplice paragone quantitativo dei flussi di cassa derivanti dalla continuità piuttosto che dalla liquidazione dei beni non funzionali all’attività d’impresa ma invece da una complessiva valutazione del piano

²⁷⁵ Nella versione originale infatti, l’art. 84, comma 3 recitava: “*La prevalenza si considera sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da un’attività d’impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media dei lavoratori in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso*”.

²⁷⁶ AMBROSINI S., *Il nuovo concordato preventivo: “finalità”, “presupposti” e controllo sulla fattibilità del piano*, op. cit., pag. 5.

²⁷⁷ Ai sensi dell’attuale terzo comma dell’art. 84, Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: “*Nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta*”.

e della proposta in termini di prosecuzione dell'attività d'impresa nell'ottica di evitarne la dismissione quando si è in presenza di una sua potenziale ripresa.

Tirando le prime conclusioni in tema, come spesso si è ribadito, lo statuto normativo del concordato preventivo attualmente vigente propende per un marcato *favor* nei confronti di quello con continuità che si esprime tra l'altro, a differenza di quello liquidatorio, nell'assenza non solo di un vincolo percentuale minimo ai fini della soddisfazione del ceto creditorio ma anche nella mancanza di una soglia attinente agli apporti esterni di cui le esigenze creditorie potranno beneficiare.

3.2.2. *IL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE INDIRETTA: IL DIBATTITO GIURISPRUDENZIALE E DOTTRINALE IN TEMA DI AFFITTO D'AZIENDA.*

Tracciati i caratteri essenziali della procedura concordataria, nell'ambito della stessa si noti come possa venire in risalto l'adozione di un contratto di affitto d'azienda.

Tanto in dottrina quanto in giurisprudenza però non è apparso subito delineato con chiarezza il rapporto intercorrente tra il contratto in esame e la nozione di continuità del debitore nel concordato ²⁷⁸. Prima di indagare sull'effettiva compatibilità di tale tipologia contrattuale nel contesto concorsuale così perimetrato, questione di primaria importanza era in passato l'interpretazione da dare al concetto di continuità aziendale. L'adozione di una concezione meramente soggettiva, in forza della considerazione per cui la continuità aziendale si realizzava solo se esercitata dall'imprenditore-debitore, infatti, non avrebbe consentito il subentro dell'affittuario ²⁷⁹. Relegare, dunque, l'utilizzo del contratto d'affitto d'azienda al solo concordato

²⁷⁸ Cfr. CANALE G., *Affitto d'azienda e concordato preventivo tra passato, presente e futuro*, op. cit., pag. 595.

²⁷⁹ A tal proposito, DI MARZIO F., *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in *Ilfallimentarista.it*, 2013, ipotizzava un rapporto di reciproca esclusione tale per cui in presenza di continuità aziendale non era prevedibile affitto d'azienda e viceversa. Contra: AMBROSINI S., *Il concordato preventivo con affitto d'azienda rientra, dunque, nel perimetro applicativo dell'art. 186-bis*, in *Il caso.it*, 2019, pag. 1, dal quale invece si ricava l'idea di una nozione oggettiva per cui appare irrilevante il soggetto che conduce l'azienda.

liquidatorio in forza di una connessione così stretta e soggettivamente orientata rappresentava, quindi, l'unico ambito operativo del contratto in un contesto concorsuale²⁸⁰. Anche se accompagnato da un irrevocabile impegno di acquisto da parte dell'affittuario, il contratto di affitto d'azienda non sarebbe comunque rientrato nel novero di fattispecie realizzanti continuità aziendale in base all'interpretazione letterale sia dell'art. 186-*bis* L. fall.²⁸¹ sia delle norme civilistiche in tema di azienda²⁸².

Si noti però che l'introduzione della distinzione intercorrente tra continuità diretta e continuità indiretta ha determinato la progressiva adozione di una prospettiva più oggettiva, nella quale ciò che rileva non è più l'imprenditore in crisi quanto più l'attività d'impresa e la salvaguardia della prosecuzione della stessa²⁸³. La continuità indiretta, infatti, ricorre nel momento in cui l'esercizio dell'attività non si realizza per opera dell'imprenditore-debitore ma di un soggetto diverso in forza di un negozio di trasferimento²⁸⁴.

Appurato il sempre maggior *favor* legislativo orientato verso l'adozione di procedure volte al mantenimento operativo dell'attività d'impresa anche mediante la gestione altrui, in passato si propendeva per l'utilizzabilità di un contratto di affitto d'azienda stipulato in sede di concordato preventivo con continuità indiretta solo se propedeutico all'acquisto successivo del complesso a titolo di cessione²⁸⁵. La figura

²⁸⁰ Cfr. GALLETTI D., *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto di azienda*, in *Il fallimentarista.it*, 2012.

²⁸¹ Tribunale Busto Arsizio, 1° ottobre 2014, in *Il caso.it*, 2015.

²⁸² Il requisito della soggettività imprenditoriale si evince *in primis* dall'art. 2555 c.c. nella parte in cui viene considerata azienda il complesso di beni organizzati dall'imprenditore stesso come evidenziato da GREGGIO M., BONIVENTO R., *L'affitto d'azienda e la continuità aziendale indiretta nel concordato preventivo: opzioni interpretative e riflessi di natura fiscale*, *op. cit.*, pag. 8.

²⁸³ Cfr. AMBROSINI S., *Il nuovo concordato preventivo alla luce della "miniriforma" del 2015*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 1, 2015, pag. 359; CASA F., *Controversie teoriche e discussione pratiche sull'art. 186 bis l. fall.*, in *Fall.*, 2013, pag. 1383 ss.

²⁸⁴ L'adozione di tale modalità presuppone che il complesso aziendale sia ancora vitale e non cessato, dovendo altrimenti ricorrere alla modalità liquidatoria. Dal contributo di GREGGIO M., BONIVENTO R., *L'affitto d'azienda e la continuità aziendale indiretta nel concordato preventivo: opzioni interpretative e riflessi di natura fiscale*, in *Il caso.it*, pag. 4 ss., emerge inoltre la natura dinamicamente intesa dell'azienda.

²⁸⁵ Il dibattito sorto in merito all'ambito di applicazione del contratto di affitto d'azienda in un concordato preventivo era caratterizzato, infatti, dalla considerazione per cui il contratto privo di impegno all'acquisto

dell'affitto-ponte si giustificava, infatti, proprio in virtù dell'art. 186-*bis* L. fall. nella misura in cui la sua previsione, accompagnata alla futura cessione, fosse stipulato successivamente al deposito della domanda di concordato, facendo parte integrante del piano ²⁸⁶. La preesistenza del contratto di affitto d'azienda rispetto alla presentazione della domanda di concordato e al suo successivo deposito non pareva comunque essere motivo per escludere l'adozione del contratto in esame poiché la continuità, in quanto riferita all'attività e non più al soggetto che la poneva in essere, sarebbe comunque ricaduta nell'ambito di applicazione della suddetta norma ²⁸⁷.

I due temi dibattuti circa la preesistenza del contratto di affitto e la sua strumentalità al solo acquisto dell'azienda pare che si siano sopiti a seguito di una presa di posizione da parte della giurisprudenza di legittimità, la quale, anticipando quanto poi espresso nel Codice della crisi e dell'insolvenza, ha avuto modo non solo di ribadire la liceità del concordato preventivo con continuità aziendale indiretta ma anche di statuire la configurabilità del contratto d'affitto d'azienda come strumentale alla successiva cessione a prescindere dal momento conclusivo dello stesso. In altri termini, al momento del deposito della domanda di concordato risulta indifferente la circostanza per cui l'attività d'impresa sia esercitata da un terzo gestore piuttosto che dal debitore ²⁸⁸. Ciò che rileva come finalità è, infatti, garantire la prosecuzione

appariva in contrasto con il dato normativo di cui all'art. 186-*bis* L. fall.: così Trib. Monza, 11 giugno 2013, in *Il caso.it*, 2013.

²⁸⁶ La c.d. teoria temporale non solo usava come criterio discretivo il momento di conclusione del contratto di affitto d'azienda per capire se si fosse trattato di un concordato preventivo con continuità piuttosto che liquidatorio ma riteneva applicabile l'art. 186-*bis* L. fall., e quindi rientrante nel concordato preventivo con liquidità, il solo caso di affitto d'azienda propedeutico alla successiva cessione. Per il riferimento a tale teoria, GREGGIO M., BONIVENTO R., *L'affitto d'azienda e la continuità aziendale indiretta nel concordato preventivo: opzioni interpretative e riflessi di natura fiscale*, op. cit., pag. 10 e 11. Nella giurisprudenza di merito, v. Tribunale Monza, Sez. III, 11 giugno 2013, in *Il caso.it*, 2013; Tribunale Patti, 12 novembre 2013, in *Il caso.it*, 2013.

²⁸⁷ Cfr. AMBROSINI S., *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori*, in *Il caso.it*, 2018, pag. 2 – 9. In giurisprudenza v. Tribunale Cassino, 31 luglio 2014, in *Il caso.it*, 2014; Contra: STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, pag. 1222 ss.; GREGGIO M., BONIVENTO R., *L'affitto d'azienda e la continuità aziendale indiretta nel concordato preventivo: opzioni interpretative e riflessi di natura fiscale*, op. cit., pag. 15.

²⁸⁸ Cass. civ., Sez. I, 19 novembre 2018, n. 29742 (rv. 651873-01), in *CED Cassazione*, 2018: “Il concordato con continuità aziendale disciplinato dall'art. 186-*bis* L. Fall. è configurabile anche quando

dell'attività d'impresa mediante il contratto in esame, indipendentemente dall'assunzione di un impegno all'acquisto. Con queste premesse, anche l'affitto puro, fine a sé stesso o, in altri termini, il contratto che non risulta prodromico e finalizzato alla cessione d'azienda viene ricompreso nel concetto di continuità nella misura in cui il ritorno *in bonis* dell'imprenditore possa essere garantito e reso possibile anche solo dal mero trasferimento avente natura temporanea in capo all'affittuario a cui può fare seguito non la cessione a titolo definitivo ma la retrocessione al debitore dell'impresa risanata²⁸⁹.

L'adozione di una prospettiva così oggettivamente orientata e non curante del soggetto che conduce l'azienda è argomentazione sostenuta dalla giurisprudenza per sostenere come la strumentalità del contratto d'affitto così stipulato venga letta nell'ottica della generale salvaguardia del valore di continuità aziendale considerandolo, quindi, mezzo idoneo al mantenimento in vita della stessa piuttosto che strumento finalizzato alla mera successiva cessione²⁹⁰. Si precisa poi come, da un punto di vista prettamente civilistico, la concessione in affitto dell'azienda in un contesto come quello concorsuale non faccia venire meno la qualifica di imprenditore per il debitore poiché permangono in suo capo una serie di obblighi giuridici nonché il rischio d'impresa²⁹¹.

l'azienda sia già stata affittata o sia destinata ad esserlo, rivelandosi affatto indifferente la circostanza che, al momento dell'ammissione alla suddetta procedura concorsuale o del deposito della relativa domanda, l'azienda sia esercitata dal debitore o, come nell'ipotesi dell'affitto della stessa, da un terzo, in quanto il contratto d'affitto - recante, o meno, l'obbligo dell'affittuario di procedere, poi, all'acquisto dell'azienda (rispettivamente, affitto cd. ponte oppure cd. puro) - può costituire uno strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda senza il rischio della perdita dei suoi valori intrinseci, primo tra tutti l'avviamento, che un suo arresto, anche momentaneo, rischierebbe di produrre in modo irreversibile". In dottrina, per quanto attiene l'applicazione dell'art. 186-bis L. fall. tanto all'ipotesi di prosecuzione diretta quanto a quella indiretta, cfr. AMBROSINI S., *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori*, in *Il caso.it*, 2018, pag. 1.

²⁸⁹ Tribunale Bolzano, 10 marzo 2015, in *Il caso.it*, 2015; Tribunale Rimini, 9 novembre 2017, in *Il caso.it*, 2017.

²⁹⁰ Cfr. CANALE G., *Affitto d'azienda e concordato preventivo tra passato, presente e futuro*, op. cit., pag. 600.

²⁹¹ Cfr. FABIANI M., *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca al codice civile*, Bologna, 2014, pag. 194.

Come anticipato, l'attuale disciplina in tema di concordato preventivo recepisce un'interpretazione del concetto di continuità aziendale tale da ribadire come essa debba interpretarsi nell'ottica di garantire il ripristino e la stabilità dell'equilibrio economico-finanziario ai fini della mera presentazione del ricorso piuttosto che ai fini della cessione d'azienda, eventualmente prospettabile ²⁹². Il secondo comma dell'articolo riporta esplicitamente l'alternativa tra continuità diretta e indiretta ²⁹³, preservando per quanto possibile i posti di lavoro. In passato, il requisito secondo cui l'oggetto del contratto dovesse avere ad oggetto il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso per un anno dall'omologazione si riteneva necessario affinché si potesse lecitamente configurare continuità indiretta. Sull'impulso della Direttiva Insolvency l'introduzione di tale clausola occupazionale aveva però sollevato dubbi interpretativi relativamente all'ipotesi in cui il requisito ivi incluso non venisse rispettato da parte dell'affittuario. L'idea che questo potesse dare luogo alla risoluzione del concordato non veniva, infatti, ampiamente condivisa in virtù non solo dell'iniquità che altrimenti sarebbe stata sofferta dal debitore ma anche del pregiudizio che si sarebbe arrecato ai creditori in forza del loro migliore soddisfacimento ²⁹⁴. Tuttavia, vi era anche chi pur ritenendo comunque tale violazione produttiva di effetti in termini di stabilità del concordato optava piuttosto per la riquilibrata dello stesso in termini liquidatori con la precisazione che qualora il soddisfacimento dei creditori chirografari si fosse posto al di sotto delle soglie di cui all'ultimo comma dell'art. 84, il concordato sarebbe stato destinato a inammissibilità sopravvenuta – se la violazione si verifica in data precedente all'omologazione – o a

²⁹² Cfr. GREGGIO M., BONIVENTO R., *L'affitto d'azienda e la continuità aziendale indiretta nel concordato preventivo: opzioni interpretative e riflessi di natura fiscale*, op. cit., pag. 12 ss.

²⁹³ A tal riguardo, la norma chiarisce che la continuità indiretta può avvenire “in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo”.

²⁹⁴ Cfr. ARATO M., *Il concordato con continuità nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, op. cit., pag. 857. Contra: PETROSILLO A., RUGGIERO F., *L'obbligo di preservazione dei limiti occupazionali nel concordato in continuità indiretta*, in *Ifallimentarista.it*, 2019.

risoluzione – se successiva alla medesima ²⁹⁵. Il mutamento del piano di concordato in pendenza della fase esecutiva non veniva ritenuta però ipotesi percorribile considerando la risoluzione l'unico rimedio esperibile in tale sede. Essendo però che la richiesta di risoluzione sarebbe pervenuta o per lo meno sollecitata dal solo ceto creditorio, era difficile ipotizzare che la mera violazione del contenuto della clausola occupazionale prevalesse rispetto al loro interesse soddisfattivo ²⁹⁶.

Il soddisfacimento dei creditori emerge tutt'ora nella disciplina vigente come esigenza prioritaria benché considerata non esclusiva. Nell'originaria versione dell'art. 84, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, l'interesse del ceto creditorio appariva, infatti, come il solo protetto dal legislatore, realizzabile eventualmente mediante la predisposizione di un piano che garantisse la prosecuzione d'impresa ²⁹⁷. In altri termini, la procedura concordataria appariva finalisticamente volta alla sola e unica tutela da assicurare al ceto creditorio. In virtù del D. lgs. del 17 giugno 2022, n. 83, modificativo dell'originale versione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il contenuto della clausola occupazionale sopra citata scompare, a seguito del difficile tentativo di caricare il diritto concorsuale di una funzione sociale e quindi ultronea rispetto a quanto emergente dalla procedura in corso ²⁹⁸. A prescindere dall'infelice epilogo relativo al mantenimento dei livelli occupazionali, si può però evidenziare come nel concordato preventivo possano facilmente emergere ulteriori esigenze bisognose di tutela rispetto a quella meramente soddisfattiva per i creditori. Esse appaiono lecitamente perseguibili purché però

²⁹⁵ Cfr. CANALE G., *Affitto d'azienda e concordato preventivo tra passato, presente e futuro*, op. cit., pag. 13; AMBROSINI S., *Il nuovo concordato preventivo: "finalità", "presupposti" e controllo sulla fattibilità del piano*, in *Il caso.it*, 2019, pag. 4.

²⁹⁶ La soluzione prospettata da ARATO M., *Il concordato con continuità nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, op. cit., pag. 857 – 858, prima versione attualmente vigente, era prevedere una clausola penale integrata dalla prestazione di garanzie per forfettizzare il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento della clausola occupazionale a vantaggio del ceto creditorio.

²⁹⁷ La continuità aziendale era considerata un mezzo per il soddisfacimento dei creditori e non invece come una finalità secondo quanto rilevato da GREGGIO M., *Finalità e tipologie di piano concordatario: prime osservazioni al "nuovo" art. 84 del Codice della crisi*, op. cit., pag. 5.

²⁹⁸ Cfr. GREGGIO M., *Finalità e tipologie di piano concordatario: prime osservazioni al "nuovo" art. 84 del Codice della crisi*, op. cit., pag. 13.

compatibili con quella creditoria, non dovendo configurare motivo di contrasto con essa ²⁹⁹.

3.3. L'AFFITTO D'AZIENDA E LA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE.

La liquidazione giudiziale è una procedura, sostitutiva del fallimento, ugualmente finalizzata alla liquidazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente attraverso il riparto del ricavato a favore del ceto creditorio. È fin da subito opportuno precisare come, a fronte delle innumerevoli riforme a cui non è sempre seguita una puntuale e precisa dottrina sul tema, tale procedura si è approfondita adottando una generale ottica di raffronto critico tra la disciplina attualmente vigente e la legge fallimentare. Si può però preliminarmente affermare come, pur in presenza di aggiustamenti e apporti correttivi inevitabili, la disciplina della liquidazione giudiziale con riferimento all'affitto d'azienda non presenti modifiche radicali rispetto a quanto previsto nel sistema previgente.

Ponendosi, infatti, a cavallo tra conservazione del valore d'impresa e liquidazione giudiziale, l'affitto d'azienda appare lo strumento adatto per mantenere il patrimonio del fallito efficiente e produttivo fino alla fase di effettiva ripartizione dell'attivo ³⁰⁰.

²⁹⁹ Cfr. AMBROSINI S., *Il nuovo concordato preventivo: "finalità", "presupposti" e controllo sulla fattibilità del piano*, op. cit., pag. 2; in giurisprudenza, v. Tribunale Firenze, 2 novembre 2016, in *Massima redazionale*, 2017 in cui emerge la prospettiva secondo cui il più volte nominato "miglior soddisfacimento" non debba essere inteso in senso assoluto come la massima soluzione prospettabile.

³⁰⁰ Cfr. PATTI A., *L'affitto d'azienda nella liquidazione giudiziale*, *Il Fallimento*, n. 10, 2023, pag. 1211.

3.3.1. L’AFFITTO D’AZIENDA ENDOCONCORSUALE.

In base al tema d’indagine oggetto del presente elaborato, se si guarda al Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza come *corpus* normativo avente come scopo la salvaguardia del valore d’impresa, presto si comprende come l’obiettivo sia quello di individuare ambiti di applicazione in cui la stipulazione del contratto d’affitto d’azienda sia strumentale al perseguimento di tale finalità salvaguardando l’unità e l’organizzazione funzionale del complesso. Una delle ipotesi che aspira a realizzare tale obiettivo conservativo in vista però della futura liquidazione è rappresentata dall’affitto stipulato da parte del curatore (c.d. endoconcorsuale).

La riforma del 2006 ha inciso particolarmente sul tema e per la prima volta si è affrontata la materia della circolazione d’azienda nell’ambito di una procedura di fallimento – ora definita di liquidazione giudiziale. Il D. lgs. del 9 gennaio 2006, n. 5 all’art. 91 ha, infatti, introdotto gli artt. 104-*bis* e 104-*ter* la cui *ratio* risiede nel tentativo di assicurare la conservazione dei valori aziendali in una procedura liquidatoria a cui si accompagna la riduzione del rischio di una loro dispersione in sede di successiva ripartizione ³⁰¹.

Si vuole fin da subito evidenziare come, a seguito di un raffronto con la normativa attuale, l’istituto dell’affitto endoconcorsuale oggi disciplinato all’art. 212, Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, mantiene i tratti tipici della disposizione di cui all’art. 104-*bis* L. fall., con la doverosa precisazione però che una parte dei riferimenti dottrinali in seguito riportati risalgono al sistema previgente ma ritenuti comunque meritevoli a fronte di un quadro complessivo non mutato nei suoi tratti essenziali.

Appare evidente che ricorrere all’affitto d’azienda nell’ambito della predisposizione della fase di liquidazione dell’attivo deve essere tutt’ora considerata alternativa percorribile da parte del curatore, il quale, dovendo amministrare nonché custodire il patrimonio del fallito nell’ottica della futura liquidazione, ha tutto

³⁰¹ Il testo integrale è consultabile in *Gazzettaufficiale.it*.

l'interesse a che questa realizzi il miglior soddisfacimento per il ceto creditorio ³⁰². Una volta ottenuta l'autorizzazione del giudice delegato, previa approvazione del comitato dei creditori, si apre la fase attinente alla scelta del soggetto affittuario che deve essere effettuata dal curatore stesso. Si rileva come la discrezionalità valutativa riconosciuta al curatore non sia illimitata e priva di vincoli. Anche se l'identificazione del contraente non risponde alle classiche dinamiche negoziali in quanto affidata all'autonoma valutazione della curatela, essa deve comunque obbedire a dei vincoli legislativi per assicurare la ricerca del miglior contraente possibile. La natura competitiva che contraddistingue la fase della scelta dell'affittuario richiede al curatore la capacità di individuare il soggetto adottando meccanismi a garanzia della trasparenza e dell'adeguata pubblicità così da porre le condizioni adatte per ottenere la massima partecipazione dei soggetti interessati. I criteri che il curatore deve fare propri al fine di individuare il contraente vanno, quindi, oltre il mero valore economico realizzabile, che, pur dovendo essere considerato, deve essere soppesato *in primis* con l'importo del canone offerto e le garanzie prestate dal soggetto partecipante alla gara a fronte delle obbligazioni che andrà poi eventualmente ad assumere ³⁰³. Colui, infatti, che viene assicurato da solide garanzie – quali, a titolo esemplificativo, fidejussioni bancarie rilasciate da istituti di credito piuttosto che depositi presso un terzo cui la curatela potrà attingere in caso di inadempimento dell'affittuario – è più propenso ad essere scelto in forza di una maggiore affidabilità prospettabile nei suoi confronti da parte del curatore. L'indagine compiuta deve spingersi a valutare anche l'attendibilità del piano, in cui elemento che appare nodale è proprio l'aspirazione alla conservazione dei livelli occupazionali. È infatti indispensabile che la capacità gestoria delineata in esso da parte del proponente venga comparata con i flussi reddituali e finanziari prospettati durante il periodo di godimento, in forza della durata dell'affitto che deve essere pur sempre strumentale

³⁰² Questo si ricava dal combinato disposto del primo comma dell'art. 128 e del primo comma dell'art. 212, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, emergendo da quest'ultima disposizione l'utilità dell'affitto d'azienda qualora assicurati una più proficua vendita dell'azienda (o di un suo ramo).

³⁰³ Questo aspetto viene ulteriormente rimarcato nel terzo comma dell'art. 212.

all'utilità ricavabile dalla liquidazione dei beni³⁰⁴. A parità di condizioni offerte, pare che il *discrimen* riguardi l'interesse sociale sviluppato e dimostrato dal partecipante nei confronti della tutela delle posizioni lavorative. Il tema è infatti tanto delicato quanto particolarmente sentito in dinamiche imprenditoriali di questa portata con la conseguenza che l'interesse dimostrato dal proponente nel considerare tale componente sociale come principale può avere l'effetto positivo di preferirlo ad altri, con la precisazione però che la sensibilità manifestata per la tematica deve comunque concorrere con gli altri elementi sopra elencati al fine di assicurare che l'affidamento riesca a garantire non solo la salvaguardia occupazionale ma anche l'equilibrio economico-finanziario del complesso³⁰⁵.

L'impatto della riforma del 2006 si percepisce anche in considerazione dell'insindacabilità del giudice delegato in merito alla scelta dell'affittuario da parte del curatore, a condizione però che tale procedura sia stata rispettosa delle formalità richieste. Il passaggio da un rapporto di natura collaborativa tra curatore e giudice delegato al ridimensionamento del sindacato del secondo alle sole violazioni di leggi è ciò che ha caratterizzato l'intervento legislativo³⁰⁶. Considerando la circostanza per cui il giudice delegato è estraneo alla vicenda relativa alla scelta dell'affittuario, si è ritenuto che vengano lui precluse valutazioni attinenti al merito della stessa.

La successiva fase di stipulazione del contratto è presidiata, come più volte ribadito, dall'art. 2556 c.c. che prevede per tutti i contratti realizzanti il trasferimento del godimento dell'azienda – anche provvisorio, come nel caso di specie – l'adozione della forma pubblica o autenticata per il successivo deposito presso il Registro delle imprese. Rispetto alla sede ordinaria, però, il dettato normativo richiede una serie di prescrizioni inderogabili a tutela della procedura liquidatoria così da mantenere saldo il fine soddisfacente che la caratterizza. Si vuole a questo punto proporre una lettura del

³⁰⁴ Ai sensi dell'art. 212, quarto comma: “*La durata dell'affitto deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni*”.

³⁰⁵ Cfr. FIMMANÒ F., *La circolazione dell'azienda nel fallimento*, in *Riv. del Notariato*, 2007, pag. 267; PATTI A., *L'affitto d'azienda nella liquidazione giudiziale*, *op. cit.*, pag. 1214 che propende per un contemperamento della salvaguardia dei livelli occupazionali con l'esigenza di redditività dell'azienda.

³⁰⁶ Cfr. TANGA A., *Osservazioni sul reclamo ex art. 36 legge fallim. nell'affitto d'azienda endofallimentare*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, n. 3-4, 2015, pag. 454 ss.

contenuto normativo di cui al terzo comma dell'art. 212, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, focalizzata sul diritto di recesso esercitabile dal curatore, previa approvazione del comitato dei creditori: in effetti, il diritto di ispezione dell'azienda da parte di quest'ultimo si lega facilmente con l'intento di superare o per lo meno ridurre l'asimmetria informativa caratterizzante il godimento a favore di un terzo. La possibilità di svolgere tale controllo mediante sopralluoghi fisici o, in maniera indiretta, attraverso la consultazione dei libri contabili del conduttore consente di prevedere, in caso di rifiuto opposto dall'affittuario, una lecita causa di scioglimento contrattuale per inadempimento³⁰⁷ o, in alternativa, l'esercizio unilaterale del recesso da parte del curatore qualora tale verifica abbia rivelato il venir meno delle garanzie precedentemente offerte o, in generale, un'insoddisfazione in termini gestori³⁰⁸.

3.3.1.1. (SEGUE). IL DIRITTO DI PRELAZIONE DELL'AFFITTUARIO.

Il riconoscimento del diritto di prelazione in capo all'affittuario per il successivo acquisto del complesso aziendale è oggi ritenuto attribuzione convenzionale³⁰⁹. Si vuole in questa sede ripercorrere l'*iter* argomentativo che ha portato tale diritto ad essere oggetto di un accordo tra le parti e non invece di un automatismo legale. In passato, infatti, il fatto di far valere prelazioni nell'affitto di azienda stipulato prima della dichiarazione di insolvenza non faceva che attribuire al debitore la facoltà di scegliere liberamente il proprio successore rendendo impossibile o particolarmente gravoso l'intento degli organi della procedura di intervenire in

³⁰⁷ Cass. civ., 13 giugno 1985, n. 3554, in *Giust. Civ.*, 1985.

³⁰⁸ Si può affermare, secondo quanto rilevato da CENSONI P.F., *Il contratto di affitto di azienda nel nuovo concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, n. 8-9, 2022, pag. 1049 ss., che nella liquidazione giudiziale l'affitto d'azienda sia più dettagliatamente disciplinato, in particolar modo con riferimento alle regole in tema di retrocessione dell'azienda alla procedura di liquidazione giudiziale, di cui al paragrafo 3.3.1.2.

³⁰⁹ Il carattere discrezionale del diritto di prelazione si evince dal quinto comma dell'art. 212, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in particolare dall'utilizzo del verbo "può". Tuttavia, tale possibilità non prescinde dalla previa autorizzazione del giudice delegato e dal parere favorevole del comitato dei creditori.

modo incisivo sulla vicenda ³¹⁰. Questo dava adito a comportamenti opportunistici tali per cui, a seguito della scelta effettuata dal debitore, l'affittuario così designato affittava, sotto la sua responsabilità, a sua volta l'azienda al debitore stesso o ad un suo fiduciario consentendo la prosecuzione dell'attività in modo occulto ³¹¹.

Gli interventi legislativi di riforma, riconoscendo la prelazione al solo soggetto imprenditore destinatario dell'autorizzazione al godimento del complesso aziendale da parte del giudice delegato, hanno quindi posto fine a tali condotte distorsive. Ravvisare esclusivamente il diritto di essere preferito a parità di condizioni e rispetto ad altri soggetti in capo a colui che ha stipulato il contratto di affitto d'azienda una volta ottenuta l'autorizzazione degli organi concorsuali significa, in altre parole, non solo garantire un'imparzialità prima non sussistente ma anche riconoscere – e incentivare – l'affitto endoconcorsuale come procedura tutelante gli interessi dell'affittuario, che in virtù di tale dinamica, si confida sia maggiormente motivato ad accrescere l'appetibilità dell'azienda sul mercato ³¹². Non bisogna però ignorare che un diritto di prelazione così costruito possa di converso disincentivare i terzi partecipanti, riducendone pericolosamente la partecipazione attiva.

L'inserimento della clausola di prelazione deve comunque essere autorizzato dal giudice delegato previo parere del comitato dei creditori. Il vaglio in termini di convenienza o meno operato da questi ultimi in relazione alla stipulazione di un contratto d'affitto d'azienda con siffatta clausola, a parere di chi scrive, consente loro di perseguire al meglio le rispettive esigenze, incentrando ancora una volta la procedura sul loro miglior soddisfacimento.

Una volta ottenute l'autorizzazione e l'approvazione richieste, il diritto di prelazione può essere lecitamente esercitato solo dopo l'esperimento di una procedura competitiva di determinazione del prezzo, il cui esito deve essere comunicato da parte

³¹⁰ Cfr. FIMMANÒ F., *L'affitto di azienda preesistente nel codice della crisi*, *Codice della crisi: tra novità e dubbi (irr)isolti (II parte)*, a cura di Spiotta M., in *Giurisprudenza Italiana*, n. 7, 2023, pag. 1707 ss.

³¹¹ Cass. civ., 18 gennaio 1982, n. 324, in *Foro.It.*, 1983.

³¹² Cfr. SEVERINI F., *Il diritto di prelazione concorsuale dell'affittuario di azienda*, in Greco (collana diretta da), *Diritto Fallimentare*, vol. III, Milano, 1995, pag. 448; MASTROGIACOMO M., *Il diritto di prelazione dell'affittuario nella legge n. 223 del 1991*, in *Dir. fall.* 1993, I, pag. 264. Nella giurisprudenza di merito, *ex multis*, Tribunale Siena, 7 ottobre 1991, in *Dir. Fall.*, 1991, pag. 993 ss.

del curatore all'affittuario aggiudicatario nei tempi stabiliti. Nel caso in cui poi la clausola di prelazione non venga rispettata, l'affittuario *in primis* ha la possibilità di proporre reclamo contro l'ordinanza con cui il giudice delegato provvede all'aggiudicazione dell'azienda nonché agire mediante azione risarcitoria ³¹³.

3.3.1.2. (SEGUE). LA RETROCESSIONE DELL'AZIENDA AFFITTATA.

Tema tanto delicato quanto dibattuto è, infine, quello attinente alla retrocessione dell'azienda una volta esercitato il recesso da parte del curatore in costanza di affitto, per scadenza del termine pattuito oppure in virtù del mancato acquisto da parte del terzo o ancora del mancato esercizio del diritto di prelazione spettante all'affittuario. La questione non è stata né è tutt'ora irrilevante dal momento in cui è ben ipotizzabile la maturazione di crediti nonché di debiti in pendenza di affitto alla luce della circostanza per cui, pur caratterizzata da squilibri, l'impresa rimane entità vitale ed economicamente attiva ³¹⁴. Il comma di chiusura della complessa disciplina dell'affitto d'azienda endoconcorsuale prevede, quindi, che il curatore cui sia stata retrocessa l'azienda affittata non sia tenuto a rispondere solidamente dei debiti, compresi quelli relativi al rapporto di lavoro, maturati dall'affittuario durante la vigenza del contratto d'affitto e non ancora esauriti al momento della retrocessione, derogando esplicitamente alle regole contenute negli artt. 2560 e 2112 c.c. L'inapplicabilità di tali disposizioni si giustifica volgendo lo sguardo al ceto creditorio, il quale necessita di non essere penalizzato dalla condotta adottata e perseguita in pendenza d'affitto da parte del gestore *pro tempore* ³¹⁵. È però importante sottolineare come oggetto di tale deroga sia la mancata applicazione

³¹³ Cfr. LICONTI F., *L'affitto della azienda del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di Schiano di Pepe G., Padova, 2007, pag. 438. Si ritiene che il risarcimento del danno possa essere richiesto anche in caso di anticipato recesso della curatela qualora posto in essere per impedire l'esercizio del diritto di prelazione, come sostenuto da BRAN E., *La prelazione dell'affittuario nell'acquisto dell'azienda*, in *Il Fallimento*, n. 7, 1999, pag. 758.

³¹⁴ Cfr. PALUCHOWSKI A., in *Codice commentato del fallimento*, a cura di Lo Cascio G., 2017, pag. 953.

³¹⁵ Cfr. LICONTI F., *L'affitto della azienda del fallito*, *op. cit.*, pag. 440.

dell'accollo *ex art.* 2112, c.c. concernente i debiti maturati dall'affittuario e non invece il rapporto di lavoro subordinato, il quale, di conseguenza, si ritrasferisce in capo al curatore-locatore ³¹⁶.

In secondo luogo, dal testo normativo si evince come la regolamentazione dei rapporti giuridici pendenti al momento della retrocessione debba fare rinvio alla sezione V degli “*Effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti giuridici pendenti*” del Capo I e del titolo V, ossia le norme degli artt. da 172 a 199, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, senza però differenziare il trattamento da riservare ai rapporti già esistenti alla data di apertura della liquidazione giudiziale proseguiti poi dal curatore dal trattamento relativo, invece, ai rapporti posti in essere dall'affittuario in pendenza di gestione. La mancata distinzione appena individuata, infatti, sembra stridere con l'intento di tutela che il sesto comma dell'art. 212, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza vuole garantire: nell'ottica di salvaguardia della curatela – e quindi del ceto creditorio – la disciplina è chiaramente volta ad evitare il subentro del curatore limitatamente a quei contratti stipulati *ex novo* in pendenza di affitto d'azienda e non ancora esauriti al momento della retrocessione ³¹⁷. Non manca però l'opinione per cui, invece, l'intento di tutela debba intendersi estensivamente, ricomprendendo nell'area di applicazione dell'art. 172, Codice della crisi d'impresa e

³¹⁶ Cfr. CAIAFA A., *Diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza*, 2022, pag. 480. Tale conclusione si arricchisce, poi, con la precisazione che la liquidazione dell'imprenditore non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto di lavoro. Ai sensi, infatti, dell'art. 189, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il rapporto di lavoro pendente alla data della sentenza dichiarativa resta sospeso, fino a quando il curatore comunica di subentrarvi ovvero di recedervi. Il Codice della crisi d'impresa, tra l'altro, prende anche posizione in merito al dibattito circa la figura del curatore nel rapporto di lavoro subordinato pendente in quanto controverso era se il curatore subentrasse *ex lege* oppure si applicasse l'art. 72 L. fall.

³¹⁷ Secondo un'interpretazione restrittiva, infatti, MARTORANO F., *La circolazione di ritorno nell'affitto endofallimentare*, in *Il diritto fallimentare delle società commerciale*, Torino, 2010, pag. 363, si ritiene che non dovrebbero essere soggetti alla disciplina di cui all'art. 72 L. fall. – oggi art. 172, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – quei contratti stipulati prima dell'apertura della procedura proseguiti poi dall'affittuario.

dell'insolvenza, tutti i contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti al momento della retrocessione, a prescindere dal momento e dal soggetto che li ha stipulati ³¹⁸.

3.3.2. L'AFFITTO D'AZIENDA PENDENTE.

Le sorti del contratto d'affitto d'azienda stipulato prima dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale vengono attualmente sancite all'art. 184, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza a seconda che la procedura concorsuale sia rivolta al concedente piuttosto che all'affittuario ³¹⁹.

In entrambe le ipotesi si noti come viene riconosciuto al curatore l'esercizio del diritto di recesso ³²⁰ le cui modalità però si declinano diversamente in considerazione del fatto che, nel primo caso, non integrando l'apertura della procedura una causa di scioglimento contrattuale in quanto stipulato *in bonis* ³²¹, tale facoltà può essere lecitamente esercitata entro un limite temporale e previa autorizzazione del comitato dei creditori ³²² a differenza invece della seconda ipotesi

³¹⁸ PALUCHOWSKI A., *ibidem*; LICONTI F., *L'affitto della azienda del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato*, *op. cit.*, pag. 442. Nella giurisprudenza di merito, v. Tribunale Monza, 18 novembre 2013, in *Il caso.it*.

³¹⁹ Ai sensi della legge fallimentare, l'ipotesi di fallimento successiva alla stipulazione *in bonis* di un contratto di affitto d'azienda era, invece, disciplinata all'art. 79, L. fall. che, diversamente da quanto oggi previsto, riconosceva il diritto di recesso, da esercitare eventualmente entro sessanta giorni con conseguente corresponsione di un indennizzo equo, non solo al curatore ma anche ad entrambe le parti. Una delle principali criticità che la norma poneva riguardava la mancata distinzione tra fallimento dell'affittante e fallimento dell'affittuario. Con riferimento a quest'ultimo, si prevedeva lo scioglimento del contratto ai sensi dell'art. 1626 c.c. benché diffusa fosse anche l'applicazione dell'art. 72 L. fall. in tema di sospensione. Più complessa appariva invece la figura del concedente: senza pretesa di esaustività, se da un lato anche il fallimento di quest'ultimo veniva ricompreso nell'art. 72 L. fall., dall'altro si propendeva invece per il subentro automatico del curatore nel contratto.

³²⁰ L'ipotesi di recesso però non è sicuramente l'unica strada percorribile dal curatore, il quale può riporre fiducia nella continuazione del rapporto con conseguente assunzione di tutti gli obblighi e diritti derivanti dal contratto stesso purché successivi all'apertura della liquidazione giudiziale.

³²¹ Tribunale Milano, Sez. II, 5 maggio 2015, n. 5571, in *Massima redazionale*, 2022 in cui si precisa come lo scioglimento del contratto di affitto decorra non retroattivamente bensì dal momento della comunicazione del diritto di recesso considerando che il contratto di affitto d'azienda – a differenza di quanto previsto dall'art. 72 L. fall. – non si considera sospeso al momento della dichiarazione di fallimento.

³²² Ai sensi dell'art. 184, comma 1, infatti, il recesso del curatore può essere esercitato entro sessanta giorni dall'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del concedente.

in cui il recesso può essere posto in essere in qualunque tempo purché sempre autorizzato dal ceto creditorio.

Altro elemento comune alle due ipotesi è la corresponsione da parte del curatore, nel caso di effettivo esercizio del diritto di recesso, di un indennizzo la cui determinazione viene effettuata dal giudice a seguito del contraddittorio instaurato tra le parti ³²³. Il testo normativo qualifica, al primo comma, tale indennizzo come “equo” suscitando un dibattito in merito ai criteri utilizzabili per interpretarlo e quindi quantificarlo. L’interpretazione dottrinale che si vuole in questa sede analizzare, considerando la reintegrazione come avente natura indennitaria e non risarcitoria, ritiene che la valutazione che il giudice dovrà svolgere non sarà volta all’integrale compensazione del pregiudizio tenuto conto tanto del danno emergente quanto del lucro cessante ma dovrà, invece, essere orientata al bilanciamento degli interessi delle parti. L’indennizzo dovuto a seguito del recesso esercitato in pendenza di affitto dovrà calcolarsi, in altri termini, mediante l’adozione di un’ottica equitativa ³²⁴.

È dato riscontrare però come la norma così strutturata prenda significativamente le distanze dal previgente art. 79 L. fall. poiché, se alla luce di quest’ultima disposizione il contratto d’affitto pendente alla data di dichiarazione di fallimento rimaneva vitale, salva la facoltà di recesso delle parti entro un termine pari a sessanta giorni ³²⁵, nella disciplina vigente invece la continuazione del contratto di affitto d’azienda si verifica nella sola ipotesi in cui l’apertura della liquidazione giudiziale sia riferita al concedente come ricavabile dal combinato disposto del primo e del secondo comma dell’art. 212, Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. Nel caso, quindi, di apertura della liquidazione nei confronti del concedente a cui segue un effettivo esercizio del recesso da parte del curatore o, comunque, si verifica la

³²³ Tale determinazione, secondo FIMMANÒ F., *L’affitto di azienda preesistente nel codice della crisi*, op. cit., pag. 1707 ss., si ritiene debba essere adottata mediante decreto motivato contro il quale poter presentare reclamo e successivo gravame.

³²⁴ Cfr. PATTI A., *L’affitto d’azienda nella liquidazione giudiziale*, op. cit., pag. 1216.

³²⁵ Tribunale Roma, 7 luglio 2011, in *Fallimento*, n. 11, pag. 1479 da cui si evince la natura perentoria del termine. Contra, Tribunale Rimini 24 marzo 2015, in *Onelegale.it*.

scadenza del contratto, si pone la problematica questione riguardante il raccordo dei rapporti pendenti con la retrocessione dell'azienda.

3.3.2.1. (SEGUE). I NODI IRRISOLTI: IL RINVIO ALL'ART. 212, COMMA 6, CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA.

Al pari della previgente legge fallimentare, neanche il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sembra aver preso in considerazione come ipotesi autonoma la retrocessione nel caso di affitto stipulato dall'impresa *in bonis* in un momento antecedente all'apertura della procedura concorsuale e questo alla luce del richiamo tutt'ora vigente alla disciplina concernente l'affitto d'azienda endoconcorsuale, ossia interno alla procedura di liquidazione.

Ciò che, quindi, solleva interrogativi riguarda proprio l'estensibilità o meno all'affitto pendente di una disposizione avente ad oggetto un contratto di affitto d'azienda stipulato in un momento diverso. Volgendo lo sguardo alle argomentazioni sostenute nel regime previgente – ritenendole però attuali dato il quadro normativo immutato – la diversità del contesto iniziale in cui viene sottoscritto il contratto di affitto d'azienda non pare, infatti, circostanza improduttiva di conseguenze a tal punto che tale considerazione si pone alla base di un'argomentazione critica e volta all'esclusione dell'applicabilità estensiva della disciplina endoconcorsuale, corroborata poi dalla diversa collocazione delle discipline all'interno del Codice³²⁶. La natura eccezionale della disposizione in materia endoconcorsuale richiede, dunque, un'interpretazione restrittiva³²⁷. Pur avendo indubbiamente un valore derogatorio della disciplina ordinaria, l'art. 212, comma 6, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, appare però finalizzato alla tutela del ceto creditorio, obiettivo che non si ritiene perché non dovrebbe essere perseguito anche nella diversa ipotesi in cui il contratto sia stato sottoscritto dall'impresa *in bonis*. La convinzione che l'accollo *ex lege* renderebbe impraticabile la prosecuzione del contratto

³²⁶ Cfr. ALVINO I., *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, pag. 448.

³²⁷ Cass. civ., Sez. I, 9 ottobre 2017, n. 23581, in *Fallimento*, n. 1, 2018, pag. 26 ss.

preesistente è opinione costante a supporto di un'applicazione estensiva dell'allora sesto comma dell'art. 104-*bis* L. fall. all'ipotesi di cui all'art. 79 L. fall.³²⁸. Considerando, infatti, l'inapplicabilità dell'istituto previsto all'art. 2560 c.c. al contratto di affitto, al momento del recesso del curatore si creerebbe un ingiusto pregiudizio in danno alla massa dei creditori, epilogo non ipotizzabile in una procedura concorsuale.

La retrocessione, ponendosi poi in relazione con l'art. 2112 c.c., come dal dettato normativo si può evincere, non costituisce fonte di responsabilità per i debiti maturati fino alla retrocessione. Il motivo di tale deroga si giustifica, per quanto concerne l'affitto endoconcorsuale, nell'ottica di non ledere le aspettative di natura soddisfattiva del ceto creditorio. In altre parole, dunque, la protezione del ceto creditorio in vista del migliore soddisfacimento, essendo finalità comune della disciplina tanto endoconcorsuale quanto esoconcorsuale, giustifica la compatibilità delle due procedure concorsuali a prescindere dal momento temporale in cui si ha la stipulazione del contratto di affitto d'azienda.

³²⁸ Cfr. BOZZA G., *I rapporti pendenti nelle procedure concorsuali*. L'affitto di azienda, in *Fallimento*, n. 10, 2018, pag. 1146.

CONCLUSIONI

Nel novero delle operazioni straordinarie (intese in senso lato) cui un imprenditore può ricorrere, la cessione e l'affitto d'azienda possono certamente considerarsi strumenti strategici e versatili per regolare le sorti del complesso in un'ottica di trasferimento. La trasversalità che connota quest'ultimo concetto consente all'autonomia contrattuale di rendere oggetto dell'operazione traslativa tanto la proprietà dei beni aziendali quanto dei diritti reali o personali di godimento, riconoscendo però nella sostituzione sostanziale della figura imprenditoriale il comune denominatore delle due vicende.

Consci delle differenze intercorrenti tra queste ultime in considerazione della diversa natura giuridica, gli studi effettuati in materia hanno consentito però, per entrambe le ipotesi, di individuare la modalità con cui la volontà dei contraenti si intersechi con una disciplina civilistica in materia particolarmente lacunosa.

In un'ottica di comparazione conclusiva tra cessione e affitto d'azienda si intendono in questa sede evidenziare i punti salienti dell'indagine condotta, prestando particolare attenzione fin da subito alle sorti del patrimonio d'impresa. Se tanto nel caso di trasferimento a titolo definitivo quanto in quello a titolo provvisorio – per espresso richiamo al terzo comma dell'art. 2558 c.c. – è pacifico il subentro del cessionario come dell'affittuario nei rapporti contrattuali privi di carattere personale a prestazioni corrispettive promesse ma non ancora eseguite da entrambi i contraenti al momento del trasferimento, l'automatismo come effetto naturale a garanzia dell'integrità del complesso aziendale si deve appositamente declinare con riferimento al trattamento da riservare a categorie peculiari di rapporti contrattuali: i rapporti di lavoro subordinato. Questo ambito di ricerca ha consentito di mettere in risalto come la continuità occupazionale e la conservazione dei diritti del lavoratore siano esigenze che, anche con particolare riferimento alla vicenda circolatoria di stampo regressivo che connota l'affitto d'azienda in forza della peculiare transitorietà che è insita nella vicenda, non possono contrarsi innanzi alla manifesta volontà di

apposizione di patto contrario nonostante sia facoltà lecitamente riconosciuta alle parti.

Il presente elaborato si è posto l'intento di esaminare con attenzione anche le possibili intersezioni che la disciplina così perimetrata possa realizzare con le posizioni debitorie pure previste all'art. 2560 c.c. in considerazione di tipologie contrattuali difficilmente ascrivibili in un regime piuttosto che in un altro. Il *discrimen* pare rinvenirsi quindi nel concetto di squilibrio economico intercorrente nei rapporti contrattuali, il quale, se sussistente, preclude l'applicabilità di una disciplina di subentro con annessa liberazione dell'alienante. La configurazione di una responsabilità solidale tra cedente e cessionario – come specificato dal secondo comma art. 2560 c.c. – per i debiti aziendali anteriori al trasferimento si colloca in linea di continuità con la tutela dell'affidamento creditorio, a fronte di una situazione di scompenso. La provvisorietà dell'affitto d'azienda e il mancato richiamo riguardante il profilarsi di una responsabilità dell'affittuario, o del locatore in caso di retrocessione, per tali debiti sanciscono però l'impossibilità di prevederne un'analogica estensione, non precludendo tuttavia che sia proprio l'autonomia contrattuale a poterne sancire la successione.

Aspetto condiviso tanto dal cedente quanto dal concedente in affitto è l'assoggettabilità al divieto di concorrenza *ex art. 2557 c.c.* Il vero scopo del dispositivo normativo non è ostacolare il principio generale di libertà negoziale, impedendo ai suddetti soggetti di intraprendere un'attività a seguito del trasferimento, quanto piuttosto garantire l'effettivo insediamento rispettivamente del cessionario e dell'affittuario nella rete. In considerazione dell'ampio spazio dedicato dalla disciplina delle vicende circolatorie all'autonomia negoziale, anche tale regime pare derogabile pur dovendosi registrare una necessaria battuta d'arresto in merito alla scelta delle parti contraenti espressiva di una totale abolizione del divieto. Sebbene in sé considerata tale ipotesi appaia ben configurabile, una volontà negoziale che si spinga fino a questo punto potrebbe comportare una riqualificazione della vicenda come non traslativa.

Dall'indagine compiuta è emerso inoltre come il generale principio di libertà di forma che le parti possono adottare, ai soli fini probatori, per il contratto di cessione piuttosto che di affitto d'azienda si debba coordinare con il novellato secondo comma dell'art. 2556 c.c. che introduce la stipulazione dell'atto mediante la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata ai fini pubblicitari. Sorgendo in ragione della conclusione del negozio traslativo, la forma notarile così delineata non è altro che requisito per il solo deposito dell'atto, riconoscendo conclusivamente in capo alle parti l'onere di procedere alla necessaria iscrizione nel registro delle imprese. Gli apporti della legge Mancino sono apprezzabili in particolar modo con riferimento all'affitto d'azienda poiché sottoporre la costituzione del contratto ad una pubblicità legale mediante l'adozione della forma notarile salvaguarda il legittimo affidamento riposto dal terzo contraente così da renderlo edotto circa la qualifica di mero gestore dell'affittuario.

Gli studi in materia, in considerazione dell'impiego di tali contratti per garantire una prosecuzione tanto definitiva quanto provvisoria dell'attività d'impresa in capo a soggetti altrui, hanno poi portato a ritenere nello specifico l'affitto d'azienda strumento idoneo a tutelare il c.d. *going concern* anche in un contesto concorsuale. Alla luce del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, infatti, si è tentato di dimostrare come l'adozione di un siffatto contratto possa apparire coerente con la finalità di una procedura di concordato preventivo. Tale obiettivo è stato raggiunto poiché, in aderenza con l'evoluzione normativa sempre più improntata verso soluzioni che garantiscano il risanamento del complesso piuttosto che la sua disgregazione, è andata consolidandosi un'interpretazione oggettiva della finalità della suddetta procedura concorsuale. Il ripristino dell'equilibrio economico di un'azienda in crisi ben si sposa con i caratteri essenziali dell'affitto d'azienda, prescindendo *in primis* dalla preesistenza o meno del contratto e, in secondo luogo, dalla sua strumentalità al successivo acquisto del complesso, assurgendo, dunque, a modalità di risanamento anche nella misura in cui consenta all'imprenditore il ritorno *in bonis*.

Anche se considerata al giorno d'oggi rimedio di *extrema ratio*, la liquidazione giudiziale è una procedura concorsuale in cui può risultare utile un contratto di affitto

d'azienda. Differenti anche se con punti di contatto sono le ipotesi in cui questo venga adottato prima dell'apertura della procedura ovvero endoconcorsualmente per scelta effettuata dalla curatela. Quasi a voler chiudere il cerchio, ritorna in questa sede la questione attinente alle sorti dei debiti, compresi quelli relativi al rapporto di lavoro, maturati dall'affittuario in pendenza del contratto d'affitto ma non esauriti al momento della retrocessione. Prendendo le distanze da un'interpretazione restrittiva che tende a circoscrivere la deroga relativa all'inapplicabilità degli artt. 2560 e 2112 c.c. alla sola ipotesi endoconcorsuale, la tutela del ceto creditorio in vista del relativo miglior soddisfacimento, considerata esigenza primaria in una procedura di natura liquidatoria, pare essere la ragion per cui si consente un'estensione anche nell'ipotesi di affitto d'azienda pendente.

BIBLIOGRAFIA

ALVINO I., *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019.

AMADIO G., *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996.

AMBROSINI S., *Il nuovo concordato preventivo alla luce della "miniriforma" del 2015*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 1, 2015.

AMBROSINI S., *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori*, in *Il caso.it*, 2018.

AMBROSINI S., *Il concordato preventivo con affitto d'azienda rientra, dunque, nel perimetro applicativo dell'art. 186-bis*, in *Il caso.it*, 2019.

AMBROSINI S., *Il nuovo concordato preventivo: "finalità", "presupposti" e controllo sulla fattibilità del piano*, in *Il caso.it*, 2019.

ARATO M., *Il concordato con continuità nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Il Fallimento*, n. 7, 2019.

ARICÒ G., *Clausole in tema di cessione di azienda con diritto di proprietà*, in *Notariato*, n. 5, 1999.

ARICÒ G., *Il contratto di affitto di azienda*, in *Not.*, n. 4, 2000.

ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960.

ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962.

AULETTA G.G., *Dell'azienda*, in *Comm. cod. civ.*, Bologna – Roma, 1960.

AULETTA G.G., *Note in tema di circolazione dell'azienda*, in *Riv. soc.*, 1963.

AULETTA G., *Logorio e perimento dei beni nell'usufrutto d'azienda*, in *Riv. delle società*, 1967.

- AULETTA G.G., voce *Azienda*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1996.
- BALDUCCI D., *L'affitto di azienda*, Milano, 2004.
- BANA M., *La responsabilità civilistica e fiscale dell'affittuario dell'azienda*, in *Il fisco*, n. 8, *Approfondimento: operazioni straordinarie*, 2022.
- BARACCO E., *Cessione di ramo d'azienda e irrilevanza del consenso dei lavoratori trasferiti*, nota a sentenza Cass. civ. Sez. lavoro, 23 luglio 2002, n. 10761, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 1, 2003.
- BARALIS G., *Rent to buy: primo repertorio di problemi teorici e pratici*, in *Riv. dir. priv.*, 2015.
- BARZAGHI A., *Danni da ritardata restituzione nell'affitto di azienda*, nota a sentenza Cass. civ., Sez. III, 1° marzo 2000, n. 2306, in *I Contratti*, n. 12, 2000.
- BAVAGNOLI F., *L'affitto d'azienda. Profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile*, Milano, 2006.
- BAVAGNOLI F., DE TILLA C., FERRARO N., RIVA P., *L'affitto di azienda: profili giuridici, economico-aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi d'impresa*, Milano, 2011.
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1962.
- BIANCA C.M., *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963.
- BOCCHINI F., *La vendita di cose mobili, Artt. 1510 -1530*, in *Il codice civile Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1994.
- BONAVERA E.E., *Retrocessione dell'azienda affittata e sorte del debito originato da clausola penale*, nota a sentenza Cass. Civ., Sez. III, 10 febbraio 2023, n. 4248, in *Le Società*, n. 7, 2023.
- BONFANTE G., COTTINO G., *L'imprenditore*, in *Tratt. Cottino*, vol. I, Padova, 2001.

BOZZA G., *I rapporti pendenti nelle procedure concorsuali. L'affitto di azienda*, in *Fallimento*, n. 10, 2018.

BRAN E., *La prelazione dell'affittuario nell'acquisto dell'azienda*, in *Il Fallimento*, n. 7, 1999.

BUSANI A., URBANI F., *Operazioni straordinarie: la scissione*, in *Le Società*, n. 12, 2017.

CACCAVALE C., *L'accollo ex lege dei debiti relativi all'azienda ceduta*, in *Riv. dir. impr.*, 2015.

CACCIAPAGLIA L., ANNICCHIARICO M., DE GAETANO D., MERCURIO G., *Affitto di azienda. Aspetti civilistici, contabili, fiscali e in materia di crisi d'impresa*, Trento, 2021.

CAIAFA A., *Diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza*, 2022.

CALVO R., *La locazione preordinata alla vendita (contributo allo studio del c.d. rent to buy)*, in *Studium iuris*, 2016.

CAMPOBASSO G.F., *voce Accollo*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988.

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, vol. I, Milano, 2003.

CANALE G., *Affitto d'azienda e concordato preventivo tra passato, presente e futuro*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 3-4, 2020.

CARPINO B., *La vendita*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Rescigno, vol. XI, Torino, 1984.

CARUSI D., *L'affitto di azienda*, in *Trattato dei contratti*, a cura di Rescigno-Gabrielli, Milano, 2008.

CASA F., *Controversie teoriche e discussione pratiche sull'art. 186 bis l. fall.*, in *Fall.*, 2013.

CASANOVA M., *Impresa e azienda*, in *Tratt. dir. civ. it.*, a cura di Vassalli F., Torino, 1974.

CATALDO F., *Affitto di ramo d'azienda nel settore retail*, nota a sentenza Cass. civ., Sez. III, 17 febbraio 2020, n. 3888, in *I Contratti*, n. 6, 2020.

CATTANEO G., *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965.

CENSONI P.F., *Il contratto di affitto di azienda nel nuovo concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, n. 8-9, 2022.

CENTONZE M., *Assegnazione patrimoniale e disciplina dell'azienda nella scissione di società*, Milano, 2013.

CEPPELLINI LUGANO & ASSOCIATI, *Operazioni straordinarie*, II edizione, 2020.

CESTER C., *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Lav. Giur.*, 2001.

CIAN M., *Rapporto fideiussorio e trasferimento d'azienda*, in *Giur. comm.*, vol. II, 2001.

CIAN M., *L'azienda tra diritto dei beni e regolazione dei fatti d'impresa. Prolegomena*, in *Riv. dir. comm.*, vol. I, 2016.

CIAN M., *Divieto di concorrenza (Trasferimento d'azienda)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. IV, sez. comm., 2017.

CIAN M., *La circolazione dell'azienda e la continuità dei rapporti d'impresa: complessità del patrimonio e articolazione delle risposte normative*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2017.

CIAN M., *Il complesso organizzato e la "circolazione" dell'impresa*, in *Diritto commerciale*, a cura di Cian M., vol. I, Torino, 2020.

CINTOLI F., GUERRERA F., *Gli effetti legali del trasferimento*, in *I trasferimenti d'azienda*, Milano, 2000.

CIPOLLA O., *Note in tema di cessazione del contratto di affitto di azienda e di successione nei contratti da parte del locatore*, nota a sentenza Cass. civ., Sez. III, 7 novembre 2003, n. 16724, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 6, 1° giugno 2004.

CIPOLLA O., *Cessione, affitto, restituzione d'azienda: brevi note sulla sorte di debiti e contratti*, nota a sentenza Cass. civ., Sez. I, 16 giugno 2004, n. 11318, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 1, 2005.

COLOMBO G.E., *Trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, Padova, 1972.

COLOMBO G.E., *La cessione d'azienda: lineamenti generali*, in *Cessione ed affitti di azienda alla luce della più recente normativa, Atti del Convegno di Milano del 22 ottobre 1994*, Milano, 1995.

COLOMBO G.E., *L'azienda*, in *Tratt. diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, vol. III, Padova, 2017.

COSTANZA M., *Della condizione nel contratto. Artt. 1353 – 1361*, in *Comm. Scialoja – Branca*, a cura di Galgano, Libro quarto. Delle obbligazioni, Bologna – Roma, 1997.

COTTINO G., *Diritto Commerciale*, vol. II, Padova.

COTTO A., FORNERO L., ODETTO G., *Cessione, conferimento, affitto e donazione d'azienda*, vol. II, Eutekne, 2008.

DANOVI A., *Risanamento e crisi dell'impresa nel sistema italiano*, Milano, 2021.

DE GAETANO D., *Le novità in materia di codice della crisi: il concordato preventivo*, in *Fiscoetasse.com*, 2022.

DI MARZIO F., *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in *Ilfallimentarista.it*, 2013.

DISEGNI G., *L'impresa in crisi: Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2014.

DI GIOVANNI L., *Affitto di azienda e locazione di immobile*, in *Giurisprudenza: i singoli contratti*, in *I Contratti*, n. 5, 2011.

DOLMETTA A.A., *Sulla forma notarile della cessione di azienda (art. 2556, comma 2, c.c. come novellato dall'art. 6, legge n. 310/1993)*, in *Cessione ed affitto di azienda alla luce della più recente normativa. Atti del Convegno di Milano del 22 ottobre 1994*, Milano, 1995.

- FABIANI M., *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011.
- FABIANI M., *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca al codice civile*, Bologna, 2014.
- FERRARA F., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1945.
- FERRARI G., voce *Azienda*, in *Enc. dir. priv.*, vol. IV, Milano, 1959.
- FERRENTINO C., FERRUCCI A., *Dell'azienda*, II edizione, Milano, 2014.
- FERRI L., ZANELLI P., D'ORAZI FLAVONI M., *Della trascrizione. Art. 2643 – 2696*, III ed., Bologna, 1995.
- FIMMANÒ F., *La circolazione dell'azienda nel fallimento*, in *Riv. del Notariato*, 2007.
- FIMMANÒ F., *L'affitto di azienda preesistente al fallimento*, in *Il caso.it*, 2008.
- FIMMANÒ F., *L'affitto di azienda preesistente nel codice della crisi, Codice della crisi: tra novità e dubbi (irr)isolti (II parte)*, a cura di Spiotta M., in *Giurisprudenza Italiana*, n. 7, 2023.
- GALGANO F., *L'imprenditore*, Bologna, 1974.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, vol. III, Padova, 1994.
- GALLETTI D., *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto di azienda*, in *Il fallimentarista.it*, 2012.
- GARLASCHELLI C.E., *Profili distintivi tra l'affitto di azienda e la locazione di immobile urbano ad uno non abitativo*, in *I Contratti*, n. 5, 2018.
- GATTI S., *Le situazioni soggettive attive del compratore nella vendita con riserva della proprietà*, in *Riv. Dir. Comm.*, vol. I, 1965.
- GAZZARA G., *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004.

GRASSO B., *Delegazione, espromissione e accollo, Artt. 1268-1276*, in *Il C.C. Comm.*, diretto da Schlesinger, Milano, 2011.

GRECO P., *Corso di diritto commerciale, Impresa-Azienda*, vol. II, Milano, 1975.

GRECO P., COTTINO G., *Della vendita*, in *Comm. del cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, vol. II, Bologna-Roma, 1981.

GREGGIO M., *Il concordato preventivo nel codice della crisi: il crepuscolo del "Re"*, in *Fallimenti e Società*, 2019.

GREGGIO M., BONIVENTO R., *L'affitto d'azienda e la continuità aziendale indiretta nel concordato preventivo: opzioni interpretative e riflessi di natura fiscale*, in *Il caso.it*.

GREGGIO M., *Finalità e tipologie di piano concordatario: prime osservazioni al "nuovo" art. 84 del Codice della crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 2022.

GUIOTTO A., *Il trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali*, in *Riv. Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 10, 2023.

IACOPINI M., *Rent to buy e procedure concorsuali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 6, 2018.

IANNIRUBERTO G., *Problematiche del trasferimento d'azienda*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, vol. II, Milano, 2005.

IRTI N., *Idola libertatis*, Milano, 1985.

LABRIOLA M., *La successione nei rapporti: aspetti civilistici*, in *Problematiche giuridiche e fiscali in tema di trasferimento di azienda. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 23 e il 24 Aprile 2010 (N. 3/2010)*, in *Fondazione notariato.it*.

LACCHINI M., TREQUATTRINI R., *Sulla individuazione del canone "congruo" in ipotesi di affitto d'azienda (con particolare riguardo alle imprese in fallimento)*, in *Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale*, 1998.

LADOGANA S., *Riforma della Legge fallimentare: le novità per punti*, in *Amministrazione & Finanza*, n. 6, 2019.

LATELLA D., *Il divieto di concorrenza dell'alienante*, in *I trasferimenti d'azienda*, Milano, 2000.

LATELLA D., *L'affitto d'azienda con particolare riferimento alla distinzione dalla locazione immobiliare*, in *Dir. & Formazione*, 2002.

LIBERATORE G., MAZZI F., *Rent to buy d'azienda. Profili economico-aziendali*, in *Rent to buy di azienda, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, a cura di Landini S. e Palazzo M., 2016.

LICONTI F., *L'affitto della azienda del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di Schiano di Pepe G., Padova, 2007.

MAIORCA C., *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili, Art. 2643 – 2672*, in *Codice civile, Libro della tutela dei diritti, Commentario*, diretto da D'Amelio, Firenze, 1943.

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, vol. II, Torino, 2017.

MARCHETTI G., *Contratto e impresa*, n. 1, in *Onelegale.it*, 2020.

MARESCA A., *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, vol. II, Milano, 2005.

MARINO S., *Rent to buy: nuovo strumento contrattuale per favorire la ripresa delle transazioni immobiliari*, in *Vita not.*, 2014.

MAROTTA F., *Il concordato misto: prevalenza quantitativa o qualitativa? La soluzione legislativa e gli (opposti) orientamenti giurisprudenziali*, in *Il caso.it*, 2018.

MARTINO M., *Risoluzione del contratto e retrocessione dell'azienda ceduta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021.

MARTORANO F., *La circolazione di ritorno nell'affitto endofallimentare*, in *Il diritto fallimentare delle società commerciale*, Torino, 2010.

MARTORANO F., *L'azienda*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Buoncore, Torino, 2010.

MASTROGIACOMO M., *Il diritto di prelazione dell'affittuario nella legge n. 223 del 1991*, in *Dir. fall.* 1993.

MAZZARINO D., *Determinazione del canone nell'affitto d'azienda*, in *A&F*, n. 3, 2002.

MECHELLI A., *La stima del valore congruo del canone di locazione nell'ipotesi di affitto d'azienda*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, n. 5, 2007.

MICCIO R., *La vendita con riserva della proprietà e gli effetti dell'inadempimento del compratore*, in *Foro it*, 1951.

MINNECI U., *Trasferimento d'azienda e regime dei debiti*, Torino, 2007.

MONTALENTI P., *Il diritto commerciale, oggi: appunti*, in *Orizzonti del dir. comm.*, n. 3, 2015.

MUSAIO A., *L'economia dell'azienda "in affitto". Profili istitutivi e contabili*, Milano, 1995.

NASTRI M.P., *Effetti dell'affitto sui beni*, in *L'affitto di azienda, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2, in *FondazioneNotariato.it*, 2010.

NASTRI M.P., *L'affitto di azienda, l'usufrutto, la locazione*, in *L'affitto di azienda, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2, in *FondazioneNotariato.it*, 2010.

NAZZARO A.C., *Rent to buy di azienda: specificità dell'oggetto e funzioni (possibili) del contratto*, in *Rent to buy di azienda, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, a cura di Landini S. e Palazzo M., 2016.

PAGANI E., *Retrocessione al fallimento dell'azienda affittata e responsabilità della procedura per i debiti maturati*, in *Le Società*, n. 2, 2018.

PALAZZO M., *Rent to buy di azienda: interessi sotteri e opponibilità ai terzi*, in *Rent to buy di azienda, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, a cura di Landini S. e Palazzo M., 2016.

PALMIERI G., *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999.

PALUCHOWSKI A., in *Codice commentato del fallimento*, a cura di Lo Cascio G., 2017.

PALUCHOWSKI A., *I mutevoli orizzonti del diritto della crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 2022.

PATTI A., *L'affitto d'azienda nella liquidazione giudiziale*, *Il Fallimento*, n. 10, 2023.

PEIRANO P., *Divieto di concorrenza dell'affittuario di azienda dopo la scienza del contratto*, nota a sentenza Cass. civ., Sez. I, 23 settembre 1995, n. 10105, in *Notariato*, n. 3, 1996.

PELOSI A.C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975.

PEROTTA R., *L'affitto d'azienda. La disciplina fiscale del conferimento*, in *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 2007.

PETROSILLO A., RUGGIERO F., *L'obbligo di preservazione dei limiti occupazionali nel concordato in continuità indiretta*, in *Ilfallimentarista.it*, 2019.

PETTITI D., *Il trasferimento volontario di azienda*, Napoli, 1970.

PICCIAU A., *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, in *Riv. soc.*, 1995.

POLETTI D., *Rent to buy immobiliare e rent to buy aziendale*, in *Rent to buy di azienda*, *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, a cura di Landini S. e Palazzo M., 2016.

PUGLIATTI S., *Riflessioni in tema di universitas*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955.

RADICE C., *Aspetti civilistici del trasferimento di azienda dopo la "legge Mancino"*, in *Contratti* n. 5, 1994.

RACUGNO G., *Debiti e scritture contabili nel trasferimento d'azienda*, in *Giur. comm.*, vol. II, 2013.

RESCIGNO P., *L'accollo ex lege*, in *Banca, borsa., tit. credit.*, 1954.

RESCIGNO P., *Studi sull'accollo*, Milano, 1958.

RESCIGNO P., voce *Condizione*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, Milano, 1961.

RESCIO G.A., *La pubblicità della cessione d'azienda: modalità di attuazione ed effetti*, in *Cessione ed affitto di azienda alla luce della più recente normativa. Atti Milano – 22 ottobre 1994*, Milano, 1995.

ROMOLI T., *Aspetti problematici della vendita con riserva della proprietà di beni immobili*, in *Notariato*, n. 2, 2003.

RUBINO D., *La compravendita*, II edizione, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, vol. XXIII, Milano, 1962.

RUGGIERO A., *Le nuove regole formali e pubblicitarie per i trasferimenti di azienda*, in *Riv. not.*, 1994.

RUNGGALDIER U., *Trasferimento d'azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1999.

RUTIGLIANO M., FACCINCANI L., *La stima del "congruo" canone nell'affitto di azienda. Una diversa prospettiva di analisi*, in *Rivista di Ragioneria ed Economia Aziendale*, 2011.

SANTAGATA R., *Le operazioni straordinarie*, in *Diritto Commerciale*, a cura di Cian M., vol. III, Torino, 2020.

SAVIOLI G., *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 2005.

SCARPELLI F., *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999.

SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, in *Tr. Colombo-Portale*, 7, 2004.

SEVERINI F., *Il diritto di prelazione concorsuale dell'affittuario di azienda*, in Greco (collana diretta da), *Diritto Fallimentare*, vol. III, Milano, 1995.

SIDERI S., *Rent to buy di azienda. Principi, ammissibilità e tecniche operative*, in *Rent to buy di azienda, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, a cura di Landini S. e Palazzo M., 2016.

SPADA P., *La "legge Mancino" e la circolazione della ricchezza imprenditoriale: forma degli atti e funzioni di polizia*, in *Riv. dir. comm.*, vol. I, 1994.

SPERANZIN M., *La cessione d'azienda*, in *Tratt. contr.*, diretto da Roppo e Benedetti, vol. II, Milano.

STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013.

TANGA A., *Osservazioni sul reclamo ex art. 36 legge fallim. nell'affitto d'azienda endofallimentare*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, n. 3-4, 2015.

TASSINARI F., *L'affitto d'azienda tra norme di legge e clausole di autonomia privata*, in *Notariato*, n. 5, 2010.

TEDESCHI G.U., *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. XVIII, 1987.

TEDESCHI G.U., *Impresa e lavoro*, in *Tratt. di diritto priv.*, diretto da Rescigno, vol. XVIII, Torino, 1988.

TESTA A., *Il rent to buy: la tipizzazione sociale di un contratto atipico*, in *Imm. Propr.*, 2014.

TOMMASINI R., *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986.

TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, a cura di Anelli F. e Granelli C., XXIII edizione, Milano, 2017.

VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro*, Padova, 2021.

VISALLI N., *Locazione di immobile e affitto di azienda*, Napoli, 1969.

VITALI A., *Restituzione d'azienda e rapporti pendenti*, in *I Contratti*, n. 4, 2018.

ZANNINI P., voce *Locazione*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, vol. XI, 1994.

SITOGRAFIA

www.def.finanze.it

www.dirittodellacrisi.it

www.elibrary.fondazionenotariato.it

eur-lex.europa.eu

www.fiscoetasse.com

www.gazzettaufficiale.it

www.ilcaso.it

www.ilfallimentarista.it

www.onelegale.wolterskluwer.it

GIURISPRUDENZA

CASSAZIONE

Cass. civ., 3 luglio 1958, n. 2386.

Cass. civ., 28 novembre 1961, n. 2748 in *Mass. Giur. It.*, 1961.

Cass. civ., 29 aprile 1965, n. 772 in *Mass. Foro.it*, 1965.

Cass. civ., 21 febbraio 1969, n. 599, in *Mass. Giur. It.*, 1969.

Cass. civ., 29 gennaio 1979, n. 632, in *Foro It.*, 1979.

Cass. civ., 14 febbraio 1979, n. 969; in *Mass.*, 1979.

Cass. civ., Sez. III, 15 febbraio 1979, n. 1001, in *Giust. civ. Mass.* 1979, fasc. 2.

Cass. civ., 3 aprile 1980, n. 2167, in *Mass. Giur. It.*, 1980.

Cass. civ. 19 aprile 1982, n. 2411, in *Mass. Giur. It.*, 1982.

Cass. civ., 18 gennaio 1982, n. 324, in *Foro.It.*, 1983.

Cass. civ., 30 marzo 1984, n. 2112, in *Mass. Giur. It.*, 1984.

Cass. civ., 13 giugno 1985, n. 3554, in *Giust. Civ.*, 1985.

Cass. civ., Sez. I, 10 gennaio 1986, n. 74 in *Mass. Giur. It.*, 1986.

Cass. civ., Sez. III, 10 giugno 1987, n. 5068, in *Mass Giur. It.*, 1987.

Cass. civ., Sez. III, 15 aprile 1988, n. 2975 in *Giur. It.*, 1988.

Cass. civ., Sez. II, 8 agosto 1990, n. 8051 in *Mass. Giur. It.*, 1990.

Cass. civ., Sez. II, 11 agosto 1990, n. 8219 in *Mass. Giur. It.*, 1990.

Cass. civ., Sez. II, 20 luglio 1991, n. 8121 in *Foro It.*, 1992.

Cass. civ., Sez. lavoro, 19 gennaio 1992, n. 906, in *Mass. Giur. It.*, 1992.

Cass. civ., Sez. I, 9 luglio 1992, n. 8362, in *Comm. Trib. Centr.*, 1992.

Cass. civ., Sez. lavoro, 26 febbraio 1994, n. 1975, in *Mass. Giur. It.*, 1994.

Cass. civ., Sez. II, 3 marzo 1994, n. 2108 in *Boll. Trib.*, 1995.

Cass. civ., Sez. I, 22 marzo 1994, n. 2755, in *Mass Giur. It.*, 1994.

Cass. civ., Sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. Civ.*, 1994.

Cass. civ., Sez. I, 8 giugno 1994, n. 5534 in *Giur. It.*, 1995.

Cass. civ., Sez. III, 9 giugno 1994, n. 5623, in *Mass. Giur. It.*, 1994.

Cass. civ., Sez. lavoro, 2 marzo 1995, n. 2417, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, 420, nota di Tullini.

Cass. civ., Sez. III, 27 maggio 1995, n. 5927, in *Foro It.*, 1995.

Cass. civ., Sez. I, 23 settembre 1995, n. 10105, in *Notariato*, 1996 nota di Peirano.

Cass. civ., Sez. II, 27 marzo 1996, n. 2714, in *Mass. Giur. It.*, 1996.

Cass. civ., Sez. III, 17 aprile 1996, n. 3627, in *Mass. Giur. It.*, 1996.

Cass. civ., Sez. II, 19 giugno 1996, n. 5636 in *Giur. It.*, 1997.

Cass. civ., Sez. I, 14 maggio 1997, n. 4242, in *Mass. Giur. It.*, 1997.

Cass. civ., Sez. I, 4 giugno 1997, n. 4986, in *Mass. Giur. It.*, 1997.

Cass. civ., Sez. II, 26 novembre 1997, n. 11851 (rv. 510397), in *Mass. Giur. It.*, 1997.

Cass. civ., Sez. II, 13 luglio 1998, n. 6813, in *Riv. Giur. Edil.*, 1998.

Cass. civ., Sez. III, 24 agosto 1998, n. 8364, in *Giur. It.*, 1999.

Cass. civ., Sez. III, 1° marzo 2000, n. 2306, in *Mass. Giur. It.*, 2000.

Cass. civ., Sez. lavoro, 3 maggio 2000, n. 5550, in *RGL*, 2001, II, 67.

Cass. civ., Sez. III, 2 agosto 2000, n. 10106, in *Mass. Giur. It.*, 2000.

Cass. civ., Sez. III, 7 marzo 2001, n. 3341, in *Giur. It.*, 2001.

Cass. civ., Sez. lavoro, 4 aprile 2001, n. 5025, in *NGL*, 2001, 652.

Cass. civ., Sez. III, 28 gennaio 2002, n. 993, in *Mass Giur. It.*, 2002.

Cass. civ., Sez. III, 19 giugno 2002, n. 8913 (rv. 555176), in *Arch. Civ.*, 2003.

Cass. civ., Sez. III, 27 giugno 2002, n. 9354, in *Mass. Giur. It.*, 2002.

Cass. civ., Sez. lavoro, 17 luglio 2002, n. 10348, in *Mass. Giur. It.*, 2002.

Cass. civ., Sez. III, 28 marzo 2003, n. 47000 (rv. 561550), in *Arch. Civ.*, 2004, 86.

Cass. civ., Sez. II, 9 luglio 2003, n. 10767 (rv. 564902), in *Arch. Civ.*, 2004, 699; in *CED Cassazione*, 2003.

Cass. civ., Sez. II, 4 febbraio 2004, n. 2111 (rv. 569887) in *Arch. Civ.*, 2004, 1497.

Cass. civ., Sez. III, 20 aprile 2004, n. 7498 (rv. 572179), in *Arch. Locazioni*, 2004.

Cass. civ., Sez. III, 24 maggio 2004, n. 9982 (rv. 573085), in *Il Corriere Giuridico*, n. 9, 2004, pag. 1173 con nota a sentenza di Palma.

Cass. civ., Sez. III, 26 maggio 2004, n. 10133, in *Corriere Giur.*, 2004, 7, 876.

Cass. civ., Sez. I, 16 giugno 2004, n. 11318 in *Guida al Diritto*, 2004, 39, 68; in *Giur. It.*, 2005, 81.

Cass. civ., Sez. lavoro, 9 agosto 2004, n. 15371 (rv. 575320), in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, 829.

Cass. civ., Sez. I, 30 settembre 2004, n. 19611 (rv. 577451), in *CED Cassazione*, 2004.

Cass. civ., Sez. lavoro, 16 novembre 2004, n. 21678 in *CED Cassazione*, 2004.

Cass. civ., Sez. III, 17 dicembre 2004, n. 23496 (rv. 578713), in *CED Cassazione*, 2004; in *Mass. Giur. It.*, 2004.

Cass. civ., 22 dicembre 2004, n. 1990.

Cass. civ., Sez. I, 22 dicembre 2004, n. 23780, in *CED Cassazione*, 2004.

Cass. civ., Sez. III, 5 gennaio 2005, n. 166, in *Giur. It.*, 2005.

Cass. civ., Sez. II, 9 dicembre 2005, n. 27286, in *CED Cassazione*, 2005.

Cass. civ., Sez. III, 19 dicembre 2005, n. 27934 (rv. 589926), in *CED Cassazione*, 2005.

Cass. Civ., Sez. III, 7 febbraio 2006, n. 2525 (rv. 586527), in *Arch. Locazioni*, 2006, 4, 452.

Cass. civ., Sez. I, 13 giugno 2006, n. 13676 (rv. 589706) in *Mass. Giur. It.*, 2006.

Cass. civ., Sez. III, 26 settembre 2006, n. 20815 (rv. 593573), in *Mass Giur. It.*, 2006.

Cass. civ., Sez. III, 15 marzo 2007, n. 5989 (rv. 596699), in *Arch. Locazioni*, 2007, 5, 511.

Cass. civ., Sez. III, 31 marzo 2007, n. 8076 (rv. 598469), in *Arch. Locazioni*, 2008, 1, 92.

Cass. civ., Sez. I, 9 maggio 2007, n. 10623 (rv. 599849), in *CED Cassazione*, 2007.

Cass. civ., 12 giugno 2007, n. 13726, in *Onelegale.it*.

Cass. civ., Sez. V, 2 ottobre 2008, n. 24425 (rv. 604782) in *Mass. Giur. It.*, 2008.

Cass. civ., sez. I, 9 ottobre 2009, n. 21481, in *Mass. Giur. It.*, 2005.

Cass. civ., Sez. III, 3 dicembre 2009, n. 25403 in *Foro It.*, 2010.

Cass. civ., Sez. II, 24 febbraio 2010, n. 4482, in *CED Cassazione*, 2010.

Cass. civ., Sez. lavoro, 29 marzo 2010, n. 7517 (rv. 612849), in *CED Cassazione*, 2010.

Cass. civ., Sez. III, 30 marzo 2010, n.7765 in *CED Cassazione*, 2010.

Cass. civ., Sez. III, 10 novembre 2010, n. 22831 (rv. 614830) in *CED Cassazione*, 2010.

Cass. civ., Sez. II, 27 giugno 2011, n. 14180 (rv. 618387), in *CED Cassazione*, 2011.

Cass. civ., Sez. lavoro, 26 luglio 2011, n. 16255 (rv. 618728), in *CED Cassazione*, 2011.

Cass. civ., Sez. lavoro, 22 settembre 2011, n. 19291 (rv. 618829), in *CED Cassazione*, 2011.

Cass. civ., Sez. I, 3 ottobre 2011, n. 20153, in *CED Cassazione*, 2011.

Cass. civ., Sez. I, 23 gennaio 2012, n. 840 (rv. 621241) in *CED Cassazione*, 2012.

Cass. civ., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1761 (rv. 621712) in *Mass. Giur. It.*, 2008.

Cass. civ., Sez. lavoro, 23 luglio 2012, n. 12771 (rv. 624109), in *CED Cassazione*, 2012.

Cass. civ., Sez. VI - 1, 14 maggio 2013, n. 11479 (rv. 626323), in *Ilcaso.it*, 2013.

Cass. civ., Sez. V, 14 marzo 2014, n. 5979, in *GT Riv. Giur. Trib.*, 2014.

Cass. civ., Sez. III, 31 luglio 2012, n. 13692 (rv. 623695) in *CED Cassazione*, 2012.

Cass. civ., Sez. II, 21 dicembre 2012, n. 23828 (rv. 624662) in *CED Cassazione*, 2012.

Cass. civ., Sez. III, 12 marzo 2013, n. 6107, in *CED Cassazione*, 2013.

Cass. civ., Sez. III, 10 dicembre 2013, n. 27540, in *Massima redazionale*, 2013.

Cass. civ., Sez. V, 14 marzo 2014, n. 5979 in *CED Cassazione*, 2014.

Cass. civ., Sez. II, 2 ottobre 2014, n. 20854, in *Contratti*, n. 5, 2015, p. 465 con nota di Buda.

Cass. civ., Sez. VI – 5, 9 giugno 2015, n. 11972 in *Fisco*, n. 28, 13 luglio 2015, p. 2775 con nota a sentenza di Izzo.

Cass. civ., Sez. III, 30 giugno 2015, n. 13319 (rv. 635820) in *CED Cassazione*, 2015.

Cass. civ., Sez. III, 23 settembre 2015, n. 18805, in *Foro It.*, 2016; in *CED Cassazione*, 2015.

Cass. civ., Sez. III, 18 maggio 2016, n. 10154, in *Onelegale.it*.

Cass. civ., Sez. VI, 10 aprile 2017, n. 9219 (rv. 643953-01) in *CED Cassazione*, 2017.

Cass. civ., Sez. VI, 26 settembre 2017, n. 22418 (rv. 645725-01) in *CED Cassazione*, 2017.

Cass. civ., Sez. I, 9 ottobre 2017, n. 23581, in *Fallimento*, n. 1, 2018.

Cass. civ., Sez. III, 16 ottobre 2017, n. 24276 (rv. 646028-01), in *CED Cassazione*, 2017.

Cass. civ., Sez. II, 6 aprile 2018, n. 8539 (rv. 648012-02) in *CED Cassazione*, 2018.

Cass. civ., Sez. lavoro, 1° ottobre 2018, n. 23765 (rv. 650570-01), in *CED Cassazione*, 2018.

Cass. civ., Sez. V, 18 ottobre 2018, n. 26193 (rv. 650720-01), in *CED Cassazione*, 2018.

Cass. civ., Sez. lavoro, 23 ottobre 2018, n. 26808 (rv. 651204-01), in *CED Cassazione*, 2018.

Cass. civ., Sez. I, 19 novembre 2018, n. 29742 (rv. 651873-01), in *CED Cassazione*, 2018.

Cass. civ., Sez. I, 17 ottobre 2019, n. 26529, in *Massima redazionale*, 2022.

Cass. civ., Sez. III, 10 dicembre 2019, n. 32134 (rv. 656505-01) in *Società*, nota di Castelli, Bosco, 2020.

Cass. civ., Sez. II, 3 gennaio 2020, n. 15 (rv. 656332-01), in *Il caso.it*, 2020.

Cass. civ., 17 febbraio 2020, n. 3888, in *CED Cassazione*, 2020.

Cass. civ., Sez. III, 27 marzo 2020, n. 7574, in *Quotidiano Giuridico*, 2020.

Cass. civ., Sez. Unite, 5 maggio 2020, n. 16723 in *Il caso.it*, 2021.

Cass. civ., Sez. VI, 6 luglio 2020, n. 13903 (rv. 658498-01), in *Studium juris*, 2021, 3, 383.

Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2020, n. 19632 (rv. 658692-01), in *CED Cassazione*, 2020.

Cass. civ., Sez. V, 29 dicembre 2020, n. 29722 (rv. 660039-01) in *CED Cassazione*, 2020.

Cass. civ., Sez. trib., 12 novembre 2021, n. 33969, in *CED Cassazione*, 2021.

Cass. civ., Sez. I, 2 agosto 2022, n. 23986 (rv. 665527-01) in *CED Cassazione*, 2022.

Cass. civ., Sez. III, 10 febbraio 2023, n. 4248 (rv. 666772-01) in *CED Cassazione*, 2023.

Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2023, n. 19806, in *CED Cassazione*, 2023.

Cass. civ., Sez. lavoro, 31 luglio 2023, n. 23242 (rv. 668341-01), in *CED Cassazione*, 2023.

TRIBUNALI

Tribunale Foggia, 3 luglio 1991, in *Dir. e Giur. Agr.*, 1992.

Tribunale Siena, 7 ottobre 1991, in *Dir. Fall.*, 1991.

Tribunale Catania, 15 giugno 2007, in *Giur. comm.*, 2009, pag. 548 ss., con nota di Vinciguerra.

Tribunale Roma, 7 luglio 2011, in *Fallimento*, n. 11, pag. 1479.

Tribunale Monza, 11 giugno 2013, in *Ilcaso.it*, 2013.

Tribunale Patti, 12 novembre 2013, in *Ilcaso.it*, 2013.

Tribunale Monza, 18 novembre 2013, in *Ilcaso.it*.

Tribunale Cassino, 31 luglio 2014, in *Ilcaso.it*, 2014.

Tribunale Busto Arsizio, 1° ottobre 2014, in *Ilcaso.it*, 2015.

Tribunale Bolzano, 10 marzo 2015, in *Ilcaso.it*, 2015.

Tribunale Roma, Sez. fall., 24 marzo 2015, in *Onelegale.it*.

Tribunale Milano, Sez. II, 5 maggio 2015, n. 5571, in *Massima redazionale*, 2022.

Tribunale Reggio Emilia, Sez. II, 7 luglio 2015, n. 964, in *I Contratti*, n. 11, nota a sentenza di Passarella, 2015.

Tribunale Firenze, 2 novembre 2016, in *Massima redazionale*, 2017.

Tribunale Rimini, 9 novembre 2017, in *Ilcaso.it*, 2017.