

Rapporti giuridici preesistenti

Affitto di azienda e fallimento *

di FRANCESCO DIMUNDO ed ELISABETTA CRISTIANI

Gli Autori affrontano il problema della scelta, da parte degli organi del fallimento, fra la cessazione dell'esercizio dell'attività produttiva e la conservazione di tale valore, mediante l'esercizio provvisorio dell'impresa o l'affitto dell'azienda.

Introduzione

Il tema dell'incidenza che il fallimento può produrre sui contratti aventi ad oggetto l'affitto di azienda riveste da sempre, sul terreno dottrinale e giurisprudenziale, una posizione di notevole rilievo, per i numerosi problemi che esso pone sia nell'ipotesi in cui l'azienda appartenga al soggetto fallito, sia nel caso opposto che essa sia da quest'ultimo soltanto gestita, rimanendo la sua proprietà in capo ad un terzo.

Le difficoltà nascono essenzialmente dalla duplice prospettiva entro la quale è possibile considerare l'azienda nell'ambito del fallimento: come strumento essenziale per l'esercizio dell'attività produttiva, l'azienda assume infatti un valore «dinamico» che esige, per evitare la sua irrimediabile dispersione, ed il conseguente pregiudizio di coloro che hanno interesse alla sua conservazione, la prosecuzione del suo esercizio sino al momento in cui sussistano le condizioni per procedere alla sua cessione realizzando il prezzo più vantaggioso.

Intesa quale oggetto della garanzia patrimoniale dei creditori, l'azienda deve invece soddisfare l'opposto interesse di questi ultimi ad ottenere, in caso di insolvenza del debitore, il soddisfacimento delle loro ragioni di credito mediante la vendita forzata del bene nel più breve termine possibile, evitando gli intralci ed i ritardi che altrimenti si manifesterebbero qualora l'azienda fosse affittata a terzi.

La necessità di conciliare le contrapposte esigenze ora illustrate si pone con immediata evidenza nell'ipotesi di fallimento di una delle parti, ed in particolare nell'eventualità in cui l'azienda appartenga al fallito. In tal caso, infatti, la continuazione del suo esercizio e l'esigenza opposta di alienarla rapidamente trovano ideale composizione qualora l'azienda sia ceduta nell'immediatezza della dichiarazione di fallimento del suo titolare, senza apprezzabile interruzione del suo esercizio, essendo evidente che tale soluzione appare idonea a soddisfare gli interessi di tutti i soggetti coinvolti dal fallimento, ed in particolare sia quelli del fallito e dei creditori concorrenti, per i quali è essenziale il maggior realizzo nel più breve tempo possibile, sia quelli dei lavoratori e dei terzi in generale, cui interessa - rispettivamente - conservare i livelli occupazionali e salvaguardare un'unità produttiva

con la quale continuare ad intrattenere rapporti commerciali.

È noto peraltro che nella prassi una simile eventualità si realizza molto raramente, perché la vendita dell'azienda ha spesso luogo solo ad una certa distanza di tempo dalla dichiarazione di fallimento (1), sicché gli organi della procedura si trovano usualmente nell'alternativa di scegliere in tempi rapidissimi, e senza poter disporre di informazioni adeguate sulla situazione patrimoniale ed economica dell'impresa, fra la cessazione dell'esercizio dell'attività produttiva, con conseguente perdita del suo valore «dinamico», e la conservazione di tale valore mediante l'esercizio provvisorio dell'impresa o l'affitto dell'azienda (2).

Non meno gravi sono le difficoltà che si presentano nella differente ipotesi in cui l'azienda appartenga a terzi, posto che in tal caso si rende necessario decidere sulla sorte del rapporto di affitto e della connessa tutela degli interessi delle parti, dei lavoratori e dei terzi, e dun-

Note:

(*) Una versione più ampia del presente articolo è consultabile sul sito www.fallimentonline.it, nella rubrica Opinioni.

(1) Tali ritardi sono determinati, come noto, dalla necessaria osservanza, da parte degli organi della procedura, delle formalità procedurali e delle scadenze temporali previste dalla legge fallimentare e, per rinvio di quest'ultima, dalle disposizioni del codice di procedura civile in tema di vendita forzata: ritardi che diventano significativi proprio nei casi, statisticamente più frequenti ed economicamente più rilevanti, in cui l'azienda comprende beni immobili. A questo riguardo è infatti opinione pacifica che, qualora l'azienda comprenda (non solo beni mobili e beni immateriali, ma) anche beni immobili (e non sia possibile separare questi ultimi dal residuo complesso aziendale, facendone oggetto di cessione autonoma), la disciplina applicabile alla vendita dell'azienda medesima è quella prevista dall'art. 108, legge fallimentare per i beni immobili, con la conseguenza che la cessione avverrà con la procedura della vendita per incanto o - in casi eccezionali - senza incanto. È invece esclusa in ogni caso la possibilità di cessione mediante trattativa privata: in questo senso, da ultimo, Jorio, *La crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Tratt. di dir. priv.*, dir. da Ludica e Zatti, Milano, 2000, 671; Caiata, *Vicende circolatorie dell'azienda nelle procedure concorsuali*, Padova, 2001, 249; in giurisprudenza, v. fra le altre, Cass. 7 maggio 1999, n. 4584, in *Dir. fall.* 1999, I, 449; Cass. 23 aprile 1998, n. 4187, in *Giust. civ.* 1998, I, 1535; Cass. 16 marzo 1994, n. 2510, *ivi*, 1994, I, 2221; Cass. 2 aprile 1985, n. 2259, in questa *Rivista* 1985, 1039; Cass. 7 dicembre 1968, n. 3917, in *Foro it.* 1969, I, 1215.

(2) Bassi, *Riflessioni sull'affitto di azienda e sull'affitto di opificio nel fallimento*, in *Riv. dir. civ.* 1982, II, 327.

que dell'interesse dell'affittante *in bonis* di recuperare la disponibilità dell'unità produttiva con i minori oneri possibili, dell'eventuale interesse del curatore dell'affittuario fallito di conservarne la disponibilità sino alla scadenza naturale del contratto, ed infine dei terzi alla continuazione del rapporto.

La fattispecie «azienda» come oggetto del contratto di affitto

Questione preliminare, rispetto all'analisi dei problemi sopra illustrati, è stabilire quale sia la nozione di «azienda» cui il legislatore ha inteso fare riferimento nel disciplinare i negozi aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà ovvero del godimento della stessa. Risulta invero evidente che una simile indagine costituisce per l'interprete l'antecedente logico necessario per poter distinguere, nella fattispecie concreta, quando si sia in presenza della cessione o della concessione di un diritto personale di godimento sull'azienda (affitto o *leasing*), ovvero di singoli beni aziendali; e, conseguentemente, per individuare la disciplina applicabile alle singole ipotesi (3). Non è infrequente, nella prassi, che i contraenti ricorrano invero ad espedienti, quale ad es. il frazionamento del trasferimento dell'azienda in più atti formalmente distinti, al solo fine di eludere nei confronti dei terzi il prodursi degli effetti che il legislatore riconduce al trasferimento di azienda (quali la successione dell'acquirente nei rapporti di lavoro e la responsabilità dello stesso per i debiti inerenti all'azienda), o la locazione di beni aziendali per occultare l'affitto dell'azienda in pregiudizio dei terzi che hanno interesse a giovare degli effetti normativamente collegati a tale ultimo contratto; ovvero, infine, nell'ipotesi inversa di configurazione del negozio quale affitto (anziché come locazione di beni aziendali) per sottrarsi ai vincoli posti al trasferimento della ditta (4).

Per effettuare tale verifica punto obbligato di riferimento (5) è la nozione di azienda delineata dall'art. 2555 codice civile, secondo il quale l'azienda è il «complesso dei beni organizzati» dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, vale a dire una pluralità di beni eterogenei, mobili e immobili, fungibili ed infungibili, consumabili ed inconsumabili, fruttiferi ed infruttiferi, materiali ed immateriali, di proprietà dell'imprenditore o di terzi, utilizzati a vario titolo dalla stessa persona, e funzionalmente e reciprocamente coordinati in un complesso produttivo unitario per l'esercizio di un'attività d'impresa.

Muovendo da tale definizione, e ponendosi in una prospettiva che privilegia a tal fine le indicazioni desumibili dalla relativa disciplina (6), la maggioranza della dottrina ha concluso che la fattispecie «azienda» comprende esclusivamente i beni in senso tecnico secondo gli artt. 810 e 813, codice civile, organizzati dall'imprenditore in un complesso unitario strumentale all'esercizio d'impresa; con la conseguenza che non sono elementi costitutivi della fattispecie i contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda medesima (art. 2558 codice civile), i crediti re-

lativi all'azienda ceduta (art. 2559 codice civile) ed i debiti inerenti al suo esercizio (art. 2560 codice civile) (7).

Secondo questa opinione, dunque, non può dunque esservi trasferimento dell'azienda senza il trasferimento dei «beni» di cui l'azienda è composta (8), ed al fine di ravvisarne in concreto l'esistenza assume decisiva rilevanza l'oggettiva organizzazione dei beni in un complesso funzionalmente unitario per quella destinazione (9), risultando per contro ininfluenti a quel fine il *nomen* che le parti abbiano dato al contratto e la loro soggettiva intenzione (10).

Note:

(3) Per questa impostazione metodologica, ormai comunemente accolta, v. fra gli altri Mangini, in AA.VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 1993, 54, nonché, meno recentemente, Ferrari, voce «Azienda (diritto privato)», in *Enc. del dir.* IV, Milano, 1958, 689 ss.

(4) Campobasso, *Diritto commerciale, L'imprenditore*, Torino, 1993, 150.

(5) È noto infatti che la disciplina dell'azienda, e la relativa definizione normativa, costituiscono una novità assoluta del codice civile del 1942, poiché il codice di commercio ignorava tale figura, sicché l'interprete vede oggi «diminuita la libertà di cui godeva quando il silenzio legislativo l'autorizzava a fare riferimento al concetto economico-sociale di azienda»: Auletta, voce «Azienda», in *Enc. giur. Treccani*, IV, 1988, 3; per analoghe considerazioni v. altresì Bonfante, Cottino, *L'imprenditore*, in *Trattato di dir. commerciale*, dir. da Cottino, I, Padova, 2001, 607-608.

(6) Auletta, *op. cit.*, 5.

(7) In questo senso, fra gli altri, Colombo, *L'azienda e il mercato*, in *Tratt. dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, III, Padova, 1979, 19 ss., secondo il quale, «al fine di stabilire se un negozio traslativo abbia ad oggetto l'azienda non è necessario che esso comporti il trasferimento dei crediti, l'accollo dei debiti e la successione dei contratti in corso, ma basta che esso produca il trasferimento di un complesso di beni organizzati, idonei all'esercizio di un'impresa»; conf. Ferrari, voce «Azienda», *cit.*, 685 ss.; Pettiti, *Il trasferimento di azienda*, Macerata, 1979, 200; Tedeschi, *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Tratt. di dir. priv.*, dir. da Rescigno, 18, Torino, 1983, 8 ss.; Spada, *Lezione sull'azienda*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985, 50; Campobasso, *op. cit.*, 143 ss.; Mangini, *op. cit.*, 54 ss.

(8) Cfr. Pettiti, *op. cit.*, 200, per il quale «se i rapporti contrattuali i crediti e i debiti possono venir esclusi dal trasferimento per intero, cioè come categoria oltre che come singole entità, altrettanto non può dirsi dei beni, poiché se essi non vengono trasferiti nella loro interezza, o nella parte minima necessaria per consentire un esercizio d'impresa, viene meno il trasferimento d'azienda».

(9) Necessario e sufficiente, per aversi trasferimento d'azienda, è che «sia trasferito un insieme di beni di per sé potenzialmente idoneo ad essere utilizzato per l'esercizio di una determinata attività d'impresa»: Campobasso, *op. cit.*, 151; analogamente Colombo, *L'azienda*, *op. cit.*, 32; Galgano, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 1999-2000, 68.

(10) È pacifico infatti che, «al fine di accertare se ricorra affitto di azienda od altra figura negoziale, occorre procedere ad una duplice indagine, interpretando, da un lato, la comune intenzione delle parti a prescindere dalle espressioni dalle stesse adoperate per qualificare il rapporto ed avendo, dall'altro, riguardo alla obiettiva consistenza dei beni dedotti in contratto» (così, fra le tante, Cass. 17 aprile 1996, n. 3267, in *Riv. dir. agr.* 1997, II, 280, con nota di Zanon), e che il giudice, nel procedere alla qualificazione del contratto, non «è vincolato dal *nomen juris* che le parti hanno dato al contratto stesso o da una loro dichiarazione che escluda espressamente l'inquadramento del contratto in una determinata fattispecie» (così, in motivazione, Cass. 4 febbraio 2000, n. 1243, in *Giust. civ. mass.* 2000, 238). In dottrina v. fra gli altri, in senso conf., Fimmanò, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000, 31; Colombo,

(segue)

Secondo un diverso indirizzo, sostenuto da dottrina (sembra) minoritaria, la nozione di azienda si estenderebbe invece fino a comprendere non soltanto i beni, ma anche i debiti, i crediti e i contratti (cosiddetta «teoria onnicomprensiva»), posto che alle disposizioni di cui agli artt. 2555, 2558, 2559 e 2560 codice civile, unitariamente considerate, sarebbe sotteso il principio secondo il quale il trasferimento dei beni aziendali comporta, almeno in linea generale, anche il trasferimento dei rapporti giuridici sorti per l'esercizio dell'impresa (11).

Contro questa seconda impostazione si è peraltro obiettato che l'assunto sarebbe corretto nella misura in cui il trasferimento dei rapporti giuridici costituisca un effetto necessario del trasferimento di azienda; mentre così non è, essendo incontestabile che il subingresso del cessionario in detti rapporti rimane confinato sul piano degli effetti naturali del trasferimento di azienda, ben potendo formare oggetto di esclusione convenzionale ad opera delle parti. Sicché - si conclude - l'azienda può essere trasferita senza i contratti ad essa inerenti, pur rimanendo tale, e soltanto i beni oggettivamente organizzati, e non anche i rapporti giuridici, costituiscono gli elementi essenziali della stessa (12).

La contrapposizione fra le due impostazioni appena illustrate, peraltro, è meno netta di quanto possa sembrare ad un esame superficiale. Sotto un profilo generale, si è infatti perspicuamente osservato che la divergenza è, in realtà, solo apparente, posto che le teorie in questione non forniscono una diversa soluzione al medesimo quesito, ma si preoccupano, piuttosto, di dare risposta a due problemi diversi: per la teoria onnicomprensiva, il problema di individuare il «contenuto possibile dell'azienda», cioè gli elementi che possono essere organizzati in un'azienda; per la teoria più restrittiva, il problema di determinare il contenuto necessario e sufficiente perché un insieme di elementi possa qualificarsi «azienda» (13).

Sotto il profilo applicativo, la giurisprudenza e la dottrina più recente hanno contribuito a ridurre le distanze fra i contrapposti orientamenti, assumendo posizioni che, almeno sotto determinati profili, appaiono ispirate ad intenti di mediazione. Le corti, pur accogliendo in linea di principio la teoria «onnicomprensiva» (14), hanno infatti manifestato tale adesione a livello di semplice *obiter dicta* (15), ed hanno affermato, sia pure in modo non sempre lineare, che può aversi trasferimento di azienda anche se mancano uno o più elementi della stessa, quali, ad esempio, il personale dipendente (16), la clientela (17), le scorte (18), i crediti ed i debiti (19), le c.d. «licenze amministrative» (20), la ditta (21), l'insegna (22), l'avviamento (23) ed i beni immateriali in genere (24).

Note:

(segue nota 10)

in *Cessione ed affitto di azienda alla luce della più recente normativa*, Milano, 1995, 26; Spolidoro, *Conferimento di ramo di azienda (considerazioni su fattispecie e disciplina applicabile)*, in *Giur. comm.* 1992, I, 695. Più restrittiva la

posizione di Morello, *Trasferimenti di azienda e sicurezza delle contrattazioni*, in *Contr. e impr.* 1998, 96-97, secondo il quale la soluzione illustrata nel testo avrebbe l'effetto di modificare i programmi delle parti e di destabilizzare le contrattazioni, e meriterebbe quindi di trovare applicazione solo nei casi in cui sia provata una simulazione o una frode alla legge.

(11) In questa direzione Spolidoro, *op. cit.*, 672; Bortoluzzi, *L'impresa, l'azienda e il suo trasferimento*, Torino, 1996, 46 ss.; Di Sabato, *Cessione di azienda e cessione di pacchetti di riferimento: appunti per una riflessione sulla prassi contrattuale*, in *Il contratto. Silloge in onore di Oppo*, II, Padova, 1992, 635; Ferrara Jr., *La teoria giuridica dell'azienda*, Milano, 1982, 111; Casanova, *Impresa ed azienda*, Torino, 1974, 736; Rivolta, *Il trasferimento volontario d'azienda nell'ultimo libro di Domenico Pettiti*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 43; Auletta, *Note in tema di circolazione d'azienda*, in *Riv. soc.* 1963, 479. In posizione intermedia Bonfante, Cottino, *L'imprenditore*, cit., 617 ss., che, pur riconoscendo l'estraneità dei rapporti giuridici alla nozione di azienda, ritengono che detti rapporti siano stati considerati dalla legge come «pertinenziali» ad essa.

(12) Colombo, *L'azienda*, cit., 23. In giurisprudenza v., in motivazione, Cass. 26 luglio 1993, n. 8365, in *Riv. giur. edil.* 1994, I, 391, secondo la quale «non può escludersi il trasferimento - o l'affitto - di azienda perché non è stata prevista la cessione dei contratti aziendali o il trasferimento dei rapporti giuridici attivi e passivi».

(13) Per questi rilievi v. Auletta, voce «Azienda», cit., 5.

(14) Ad es. Cass. 11 agosto 1990, n. 8219, in *Giur. comm.* 1991, I, 774, che definisce l'azienda quale «*universitas iuris*, comprendente cose materiali, mobili ed immobili, beni immateriali, rapporti di lavoro, debiti e crediti con la clientela e in genere tutti gli elementi organizzati in senso funzionale per l'esercizio dell'impresa»; conf. Cass. 29 luglio 1978, n. 3791, in *Rass. giur. Enel* 1979, 505; Cass. 4 marzo 1968, n. 707, in *Giur. it.* 1968, I, 1, 116. Fra i giudici di merito v. da ultimo Trib. Milano 19 dicembre 2000, in *Giur. it.* 2001, 2068.

(15) Spolidoro, *op. cit.*, 697.

(16) Cass. 3 giugno 1955, n. 1697, in *Giust. civ. rep.* 1955, voce «Azienda», n. 2; App. Roma 25 gennaio 1958, *ivi*, 1958, cit., n. 9; App. Torino 16 luglio 1956, *ivi*, 1956, v. cit., n. 6; App. Cagliari 11 giugno 1963, in *Giust. civ. rep.* 1964, v. cit. n. 4; Trib. Sondrio 14 gennaio 1980, in *Giur. it.* 1981, I, 2, 554.

(17) V. Cass. 12 ottobre 1955, n. 3081, in *Giust. civ. rep.* 1955, voce «Azienda», n. 4; App. L'Aquila 29 settembre 1956, *ivi*, 1956, v. cit., n. 6.

(18) V. Cass. 3 giugno 1955, n. 1697, in *Giust. civ. rep.* 1955, voce «Azienda», n. 4; App. Roma 25 gennaio 1958, *ivi*, 1958, v. cit., n. 9; App. Torino 16 luglio 1956, *ivi*, 1956, v. cit., n. 6.

(19) V. Cass. 9 giugno 1981, n. 3723, in *Mass. giur. it.* 1981, 933; Cass. 13 gennaio 1981, n. 301, *ivi*, 1981, 84; Cass. 10 marzo 1980, n. 1584, in *Foro it.*, 1980, I, 2528; Cass. 15 febbraio 1979, n. 1001, in *Giust. civ. mass.* 1979, 2; Cass. 3 giugno 1955, n. 1697, in *Giust. civ. rep.*, 1955, voce «Azienda», n. 2; Trib. Bologna 14 settembre 1989, in *Dir. fall.* 1990, II, 821; App. Roma 25 gennaio 1958, in *Giust. civ. rep.* 1958, voce «Azienda», n. 9; App. Torino 16 luglio 1956, *ivi*, 1956, v. cit., n. 6.

(20) V. Cass. 3 giugno 1955, n. 1697, in *Giust. civ. rep.* 1955, voce «Azienda», n. 2; App. Roma 25 gennaio 1958, e App. Torino 16 luglio 1956, citate alla nota precedente.

(21) V. Cass. 10 ottobre 1956, n. 3446, in *Giust. civ. rep.* 1956, voce «Azienda», n. 1; App. Cagliari 11 giugno 1963, *ivi*, 1964, v. cit., n. 4.

(22) App. Cagliari 11 giugno 1963, cit. alla nota precedente.

(23) Si ritiene infatti che per aversi trasferimento di azienda non è necessario indagare se le parti abbiano voluto il trasferimento anche dell'avviamento, risolvendosi quest'ultimo o in un plusvalore, la cui esistenza non è essenziale per integrare la nozione di azienda, ovvero nell'organizzazione dei beni aziendali, vale a dire in un modo di essere oggettivo dei beni che si identifica con l'azienda stessa: così, tra le altre, Cass. 28 aprile 1998, n. 4319, in *Giust. civ. mass.* 1998, 893; Cass. 8 novembre 1983, n. 6608, in *Giust. civ. rep.* 1983, voce «Azienda», n. 5; Cass. 25 giugno 1981, n. 4142, *ivi*, 1981, v. cit., n. 11 (in *obiter*); Cass. 24 novembre 1980, n. 6243, in *Rep. foro it.* 1980, voce «Azienda», n. 29; Cass. 26 luglio 1978, n. 3754, in *Giust. civ. rep.* 1978, v. cit., n. 6; Cass. 17 ottobre (segue)

I fautori della teoria «onnicomprensiva», dal canto loro, pur affermando in linea generale che il trasferimento di azienda può avvenire, almeno in teoria, anche senza il trasferimento dei beni che all'azienda ineriscono, in concreto, però, riconoscono che il trasferimento dei soli rapporti giuridici può costituire trasferimento di azienda soltanto in alcuni casi particolari relativi ad aziende di servizi professionali o quasi professionali, essendo viceversa escluso che il trasferimento di azienda industriale possa avvenire senza il trasferimento dei beni di tale azienda (25).

In definitiva, a prescindere dalla nozione di azienda accolta (onnicomprensiva o meno), sembra possibile dunque concludere che: (a) salvo casi particolari, relativi esclusivamente ad aziende di servizi professionali o quasi professionali, non può aversi trasferimento di azienda senza il trasferimento dei beni di cui l'azienda è composta; (b) per l'applicazione della disciplina del trasferimento di azienda è sufficiente che i beni trasferiti siano effettivamente ed oggettivamente organizzati in azienda, a prescindere dalla soggettiva rappresentazione che le parti se ne sono fatta; (c) ad integrare il trasferimento di azienda non è essenziale l'attuale esercizio dell'impresa, essendo sufficiente la mera potenzialità dello stesso, sussistendo pur sempre «azienda» anche qualora l'attività produttiva non abbia ancora cominciato ad essere esercitata (26), oppure, l'attività produttiva sia temporaneamente sospesa (27), o ancora, perfino nell'ipotesi in cui l'attività produttiva sia cessata (28); (d) non è necessario che tutti i beni siano trasferiti, potendo esservi trasferimento d'azienda anche se non sono stati trasferiti all'acquirente tutti i beni dell'azienda (29), a condizione, però, che non siano stati esclusi dal trasferimento i «beni essenziali» e «non surrogabili» (30).

Le regole sopra illustrate valgono anche ai fini dell'individuazione dell'oggetto del contratto di affitto di azienda, con l'unica variante costituita dal fatto che, mentre in caso di cessione la volontà delle parti non può impedire - come si è visto - il trasferimento di un'azienda oggettivamente tale, nell'ipotesi dell'affitto è ben possibile, al contrario, che un'azienda oggettivamente tale sia concessa in godimento come insieme di beni non organizzati, posto che nell'affitto non si pone

Bologna 7 febbraio 1976, in *Giur. it.* 1976, I, 2, 628; App. Genova 13 ottobre 1955, in *Giust. civ. rep.* 1956, voce «Azienda», n. 10 e, implicitamente, Cass. 8 novembre 1983, n. 6608, *ivi*, 1983, v. cit., n. 5.

(27) Così App. Firenze 17 ottobre 1998, in *Nuovo dir.* 1999, 547; App. Cagliari 8 febbraio 1986, in *Riv. giur. sarda* 1988, 341; Cass. 25 giugno 1981, n. 4142, in *Giust. civ. mass.* 1981, fasc. 6; Cass. 24 agosto 1978, n. 3969, in *Giust. civ. rep.* 1978, voce «Azienda», n. 5; App. Genova 13 ottobre 1955, *ivi*, 1956, v. cit., n. 10.

(28) Cfr. Cass. 30 aprile 1956, n. 1363, in *Giust. civ. rep.* 1956, voce «Azienda», n. 2; Cass. 8 novembre 1955, n. 3676, *ivi*, 1955, v. cit., n. 5; Trib. Siracusa 20 agosto 1954, *ibidem*, n. 7 e, implicitamente, Cass. 8 novembre 1983, n. 6608, *ivi*, 1983, v. cit., n. 5; Cass. 25 gennaio 1957, n. 254, *ivi*, 1957, v. cit., n. 10. Per alcune pronunce può anche «mancare temporaneamente l'imprenditore»: v., Cass. 3 giugno 1955, n. 1697, in *Giust. civ. rep.* 1955, voce «Azienda», n. 2; App. Torino 16 luglio 1956, *ivi*, 1956, v. cit., n. 6.

(29) Secondo la giurisprudenza, può sussistere un'azienda (o un ramo di azienda) anche qualora il complesso dei beni non sia fornito «di tutto quanto necessario per il suo funzionamento»: v. in questo senso Cass. 30 aprile 1956, n. 1363, in *Giust. civ. rep.* 1956, voce «Azienda», n. 2; nella medesima direzione Cass. 26 maggio 1980, n. 3451, in *Rep. foro it.* 1980, voce «Azienda», n. 29; Cass. 16 novembre 1979, n. 5963, in *Giust. civ. rep.* 1979, voce «Azienda», n. 3; Cass. 25 gennaio 1957, n. 254, *ivi*, 1957, v. cit., n. 10; fra i giudici di merito v. Trib. Bologna 16 febbraio 1989, *ivi*, 1990, voce cit., n. 1; App. Bologna 7 febbraio 1976, in *Giur. it.* 1976, I, 2, 628; App. Palermo 26 aprile 1958, *ivi*, 1959, voce cit., n. 2; Trib. Milano 20 giugno 1955, *ivi*, 1956, voce cit., n. 15. In particolare, «può considerarsi esistente un'azienda, come complesso organizzato di beni destinati alla gestione produttiva, anche quando esso non sia completo, ossia quando per l'effettivo esercizio sia necessario l'apporto di altri beni»: Cass. 17 ottobre 1973, n. 2608, in *Dir. fall.* 1974, II, 844; conf. Trib. Cagliari 18 dicembre 1998, in *Giur. it.* 1999, 1242 (in motivazione).

(30) In questo senso Cass. 17 aprile 1996, n. 3627, in *Giust. civ. mass.* 1996, 591; Cass. 9 agosto 1991, n. 8678, in questa *Rivista* 1992, 33; Cass. 15 gennaio 1990, n. 123, in *Giur. comm.* 1991, II, 229. Più generici i parametri adottati da altra giurisprudenza e dalla dottrina per determinare in quali casi possa parlarsi di trasferimento di azienda pur in mancanza di alcuni elementi che la costituiscono: secondo Cass. 16 giugno 1967, n. 1416, in *Mass. foro it.* 1967 (seguita da Cass. 7 ottobre 1975, n. 3178, in *Giur. it.* 1976, I, 1, 1148, Cass. 26 maggio 1980, n. 3451, cit., Trib. Foggia 15 aprile 1985, in *Dir. fall.* 1985, II, 623, e, in dottrina da Jaeger-Denozza, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 1989, 33, e da Campobasso, *op. cit.*, 151) è necessario che da tale mancanza non «risulti compromessa l'unità economica aziendale»; per Cass. 20 luglio 1982, n. 4278, in *Rep. foro it.* 1982, voce «Lavoro (rapporto)», n. 1571, occorre che «permanga nel complesso di beni oggetto del trasferimento un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine all'esercizio dell'impresa»; per Cass. 10 giugno 1987, n. 5068, in *Giust. civ. mass.* 1988, la mancanza di alcuni elementi aziendali è irrilevante solo se, «per il ruolo obiettivamente modesto ed accessorio degli stessi, possa ravvisarsi nei beni già esistenti quel minimum di organizzazione ai fini produttivi richiesto per la configurazione dell'azienda contemplata dall'art. 2555 codice civile». In dottrina, in quest'ultima direzione, Munari, *Trasferimento e affitto dell'azienda in relazione all'evoluzione della giurisprudenza della cassazione*, in *Giur. comm.* 1991, II, 233, secondo il quale «ai fini di individuare il *minimum* indispensabile del concetto di azienda trasferibile, ci si basa quindi ora, innanzitutto, su un criterio sostanzialmente 'quantitativo'; si ritiene necessario, in altre parole, il confronto fra il carattere 'accessorio dei beni o delle attrezzature mancanti rispetto a quelli riscontrabili nel complesso aziendale oggetto del contratto di trasferimento»; Gatti, *L'azienda e l'universitas nell'autosilo*, in *Giur. comm.* 1992, II, 794; Forchielli, *Il minimum del concetto di azienda e la distinzione tra affitto d'azienda (libero) e locazione d'immobile non abitativo*, in *Riv. dir. civ.* 1980, I, 523 ss. Secondo Colombo, *L'azienda*, cit., 32, il complesso dei beni trasferiti deve avere «oggettivamente la struttura di un complesso organizzato utilizzabile per l'esercizio di un'impresa»; secondo Galgano, *op. cit.*, 68, si ha trasferimento di azienda solo quando «il complesso dei beni trasferiti possa essere, di per sé solo, idoneo ad un esercizio di impresa»; per Ferrari, *op. cit.*, 704, l'esclusione di alcuni elementi aziendali dal negozio di cessione non deve pregiudicare totalmente «l'attitudine produttiva».

Note:

(segue nota 23)

1969, n. 3404, *ivi*, 1970, v. cit., n. 6; Cass. sez. un. 21 luglio 1967, n. 1889, *ivi*, 1968, v. cit., n. 6; App. Firenze 8 marzo 1980, in *Rep. foro it.* 1980, voce «Azienda», nn. 31 e 32; App. Napoli 30 settembre 1971, *ivi*, 1972, v. cit., n. 4; App. Napoli 24 luglio 1971, *ibidem*, n. 5; App. Napoli 24 luglio 1971, *ibidem*, n. 6; App. Cagliari 11 giugno 1963, *ivi*, 1964, v. cit., n. 4; App. Firenze 6 settembre 1962, *ivi*, 1962, v. cit., n. 16.

(24) Cass. 17 dicembre 1984, n. 6617, in *Giust. civ. mass.* 1984, fasc. 12.

(25) Spolidoro, *op. cit.*, 710 e 712.

(26) In questo senso Cass. 28 novembre 1981, n. 6361, in *Giust. civ. rep.* 1981, voce «Azienda», n. 4; Cass. 25 agosto 1977, n. 3861, *ivi*, 1977, v. cit., n. 2; Cass. 7 novembre 1974, n. 3394, in *Riv. not.* 1976, 184; App.

la medesima esigenza di tutelare l'interesse dei terzi a considerare la fattispecie come trasferimento di azienda (31).

Affitto di azienda: nozione e normativa applicabile

L'affitto di azienda è disciplinato dall'art. 2562 codice civile, mediante rinvio alle disposizioni contenute nell'art. 2561 codice civile, relative all'usufrutto di azienda, e può definirsi come il contratto mediante il quale l'affittante cede all'affittuario il godimento di un'azienda, ossia di un complesso di beni organizzato per l'esercizio di un'attività produttiva.

In forza del suddetto rinvio all'art. 2561 codice civile, l'affittuario, al pari dell'usufruttuario, ha pertanto il diritto - dovere di esercitare l'azienda con la ditta che la contraddistingue, e senza modificarne la destinazione in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte (art. 2561, primo e secondo comma, codice civile); ha il diritto di disporre di quei beni aziendali che si consumano nel processo produttivo e nelle singole operazioni commerciali, con il correlativo dovere di provvedere, poi, a rinnovarli e di regolare in denaro la differenza fra le consistenze di inventario all'inizio ed al termine del rapporto (art. 2561, quarto comma, codice civile); è infine soggetto al divieto di concorrenza nei confronti dell'affittante per la durata dell'affitto (art. 2557, quarto comma, codice civile).

La lacunosità della disciplina in materia di usufrutto impone peraltro di coordinare l'art. 2562 codice civile con le norme generali sull'affitto (artt. 1615 ss.), in base al principio secondo il quale il primo prevale sulle seconde, fatta eccezione per quelle parti che, essendo dettate in vista delle particolari caratteristiche dell'usufrutto, non siano compatibili con le diverse caratteristiche dell'affitto (32). Ne deriva pertanto che l'affittante deve procedere alla consegna dell'azienda, ai sensi dell'art. 1617 codice civile; che in caso di inadempimento dell'affittuario, l'affittante può chiedere la risoluzione del contratto, a norma dell'art. 1618 codice civile, anziché la cessazione del rapporto ai sensi dell'art. 1015 codice civile, dettato per l'usufrutto; che trattandosi di un contratto a prestazioni corrispettive e ad esecuzione continuata, all'affitto di azienda si applica l'art. 1623 codice civile; che l'affittuario, essendo titolare di un diritto personale, non può subaffittare l'azienda ai sensi dell'art. 1624, codice civile; che l'affitto si scioglie in caso di interdizione, inabilitazione o insolvenza dell'affittuario, salvo che all'affittante venga prestata idonea garanzia per l'esatto adempimento degli obblighi dell'affittuario ai sensi dell'art. 1626, codice civile; che in caso di morte dell'affittuario, l'affittante e gli eredi dell'affittuario possono recedere dal contratto, previa disdetta comunicata all'altra parte, ai sensi dell'art. 1627, codice civile.

I limiti di applicabilità degli artt. 2556 ss. codice civile all'affitto di azienda

Poiché l'affitto di azienda determina una successione nell'esercizio di essa, si è posto il problema dei limiti di applicabilità a tale contratto degli artt. 2556, 2558, 2259 e 2560 codice civile, espressamente dettati per il trasferimento di azienda.

In merito all'applicabilità all'affitto di azienda dell'art. 2556, codice civile, non sembrano sussistere dubbi (33), posto che tale disposizione impone la forma scritta anche per la prova dei contratti aventi ad oggetto la concessione in godimento dell'azienda, ferma restando l'osservanza delle forme previste dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che la compongono o per la particolare natura del contratto.

Trova inoltre applicazione anche per l'affitto il secondo comma dell'articolo menzionato, secondo il quale i contratti aventi per oggetto il trasferimento del godimento dell'azienda, redatti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, a cura del notaio, devono essere depositati nel termine di trenta giorni per l'iscrizione nel registro delle imprese (34).

In virtù dell'espresso richiamo, operato dal terzo comma dell'art. 2558 codice civile, all'affitto di azienda si applica altresì la disciplina relativa alla successione del cessionario nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda ceduta.

Da una interpretazione sistematica della norma in questione, condotta alla luce delle successive disposizioni relative ai crediti e debiti aziendali (artt. 2559 e 2560 codice civile), l'orientamento pressoché pacifico in dottrina e giurisprudenza desume che i contratti cui si riferisce tale disposizione sono quelli a prestazioni corrispettive, le cui obbligazioni siano rimaste totalmente ineseguite da entrambe le parti, e che restano pertanto esclusi dalla successione quei negozi in cui siano state completamente eseguite le prestazioni a carico di una delle

Note:

(31) Colombo, *L'azienda*, cit., 284 ss. V. sul punto anche Gatti, *L'azienda*, cit., 792-793.

(32) Colombo, *L'azienda*, cit., 288.

(33) V. per tutti Ciurnelli, *La r.c. in materia di affitto di azienda*, in Cendon (cur.), *Il diritto privato nella giurisprudenza. La responsabilità civile*, IV, Torino, 1998, 408.

(34) A norma dell'art. 11, comma 10, D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581 (come modificato dal DPR 16 settembre 1996, n. 559), la domanda di iscrizione è presentata al registro delle imprese nel quale è iscritto l'imprenditore alienante, oppure, se questo non è imprenditore, al registro in cui è iscritto l'acquirente. In ogni caso, il notaio deve indicare nella domanda i dati di identificazione dell'altra parte. Oggetto dell'iscrizione è il contratto traslativo della proprietà o del godimento dell'azienda, compresa l'eventuale clausola di cessione dei crediti, e non soltanto al mera vicenda traslativa: cfr. sul punto Marasà, *Il registro delle imprese*, Torino, 1997, 129 ss.

parti, ed i contratti con obbligazioni a carico di una sola di esse (35).

Il subentro dell'affittuario nei contratti relativi all'azienda rappresenta un effetto naturale (e non necessario) del contratto, che ben potrebbe essere escluso da un patto contrario dei contraenti, secondo l'espressa previsione dell'inciso contenuto nel primo comma dell'art. 2558 codice civile (36). Tale patto contrario, posto a tutela dell'affittuario, può risultare da una clausola che contenga la specificazione dei contratti che si trasferiscono e l'esclusione di quelli non menzionati, oppure la limitazione del trasferimento a tutti o a parte dei contratti risultanti dalle scritture contabili. Ovviamente si ritiene non possano essere esclusi dalla successione i c.d. contratti aziendali, nella misura in cui appaiano essenziali per assicurare all'azienda l'idoneità ad essere utilizzata per l'esercizio dell'impresa (37).

Un ulteriore limite al fenomeno successorio è costituito poi dal carattere personale di alcuni contratti, che ricorre nelle ipotesi in cui il negozio preveda una prestazione in concreto oggettivamente infungibile, ovvero sia stipulato con particolare considerazione della personalità di un contraente (38), od ancora laddove le parti abbiano pattuito espressamente una clausola di incedibilità del contratto.

La legge tutela peraltro l'interesse del terzo contraente attribuendo a quest'ultimo diritto di recedere dal contratto in presenza di una giusta causa, entro il termine di tre mesi dalla notizia del trasferimento (art. 2558, secondo comma, codice civile). Tale disposizione implica che il trasferimento avviene a prescindere dalla volontà del terzo, essendo il recesso ipotizzabile soltanto in presenza di un contratto che vincola il terzo all'affittuario.

Una disciplina particolare è prevista infine per i rapporti di lavoro subordinato, che - secondo quanto dispone l'art. 2112, quarto comma, codice civile - continuano con il cessionario-affittuario, conservando il lavoratore tutti i diritti che ne derivano. A differenza della norma di cui all'art. 2558 codice civile, che pacificamente - come si è visto - è derogabile dalle parti, le disposizioni contenute nell'art. 2112 codice civile sono inderogabili e determinano quindi la successione automatica dell'affittuario in tutti i rapporti in questione.

L'art. 2559 codice civile, relativo alla sorte dei crediti inerenti all'azienda ceduta, non si estende invece alla fattispecie dell'affitto di azienda, posto che l'applicabilità delle disposizioni ivi contenute è limitata, per espressa volontà del legislatore, al solo usufrutto di azienda (sempre che lo stesso si estenda ai crediti relativi alla medesima), e non si estende - contrariamente a quanto avviene per la disposizione precedente - all'ipotesi dell'affitto (39).

Analoga conclusione vale per quanto riguarda la sorte dei debiti relativi all'azienda affittata, sorti anteriormente alla stipula del contratto, sia perché l'art. 2560 codice civile non si riferisce - a differenza di quanto avviene nell'art. 2558 codice civile - all'affit-

to, sia perché la cessione temporanea del godimento dell'azienda non priva i creditori dell'affittante della garanzia patrimoniale costituita dall'azienda medesima, che resta nel patrimonio del debitore (40).

Per i debiti di lavoro, disciplinati dall'art. 2112 codice civile, poiché tale norma si estende espressamente all'ipotesi dell'affitto (cfr. l'ultimo comma della disposizione), ne consegue che di essi rispondono solidalmente sia l'affittante che l'affittuario, salvo che l'affittante non sia stato liberato dal lavoratore mediante il ricorso alle procedure di cui agli artt. 410 e 411 codice di procedura civile.

Affitto dell'azienda del fallito

In passato, prima che la legislazione speciale ammettesse esplicitamente l'affitto dell'azienda in sede fallimentare, era da alcuni posto in dubbio la stessa possibilità per il curatore di ricorrere a tale istituto.

Secondo alcuni autori, infatti, tale possibilità era preclusa, oltre che dall'assenza di qualsiasi riferimento all'affitto nella legge fallimentare, anche dalla circostanza che lo stesso, in quanto finalizzato alla conservazione della proprietà del bene al fine di ricavarne i frutti, si poneva in contrasto con le finalità tipiche della procedura fallimentare, tradizionalmente identificate nella più sollecita liquidazione del patrimonio del debitore (41).

Note:

(35) In questo senso, fra gli altri, Bonfante, Cottino, *op. cit.*, 635; Garegnani, *La cessione d'azienda*, in Perotta, Garegnani, *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 1999, 23; Manzini, *La cessione d'azienda: iscrizione nel registro delle imprese e successione nei contratti, cessione dei crediti e responsabilità per debiti relativi all'azienda ceduta*, in *Contr. e impr.*, 1998, 1268 ss. In giurisprudenza v. fra le tante Cass. 29 aprile 1999, n. 4301, in *Rep. giur. it.* 1999, voce «Azienda», n. 6; Cass. 29 aprile 1998, n. 4367, in *Giust. civ.* 1998, I, 1857; Cass. 19 giugno 1996, n. 5636, in *Foro it.* 1997, I, 2272; Cass. 8 giugno 1994, n. 5534, in *Giur. it.* 1995, I, 1, 1308; Cass. 26 maggio 1962, n. 1247, in *Riv. dir. comm.* 1963, II, 187; fra le corti di merito, App. Milano 14 giugno 1955, in *Giust. civ. rep.* 1956, voce «Azienda», 24.

(36) Per tutti v. Galgano, *Diritto commerciale*, cit., 71.

(37) V. al riguardo Mangini, *op. cit.*, 63; Galgano, *op. cit.*, 71.

(38) Più precisamente, in considerazione dell'identità e delle qualità personali dell'imprenditore acquirente, secondo quanto sostenuto dall'orientamento finora nettamente minoritario, ma fatto proprio da una recentissima decisione della Suprema Corte: v. in questo senso Cass. 12 aprile 2001, n. 5495, in *Giur. it.* 2001, I, 2315 ss., con nota di Luoni, *Cessione di azienda e contratti personali: brevi riflessioni alla luce di una recente pronuncia della Corte di cassazione, ove ampi riferimenti anche alla contraria opinione, attualmente prevalente, secondo la quale i contratti «personali», ai fini dell'art. 2558 codice civile, sono quelli nei quali l'identità e le qualità personali dell'imprenditore alienante sono state in concreto determinanti del consenso del terzo contraente.*

(39) V. per tutti Panzani, *L'affitto di azienda*, in AA.VV., *I rapporti giuridici pendenti*, a cura di Ferro, Milano, 1998, 35.

(40) In questo senso, da ultimo, Ferro, *Problemi e casi nelle vendite mobiliari ed immobiliari*, in *Dir. fall.* 1999, I, 463; Perotta, *L'affitto di azienda*, in Perotta, Garegnani, *Le operazioni*, cit., 139; Panzani, *L'affitto*, cit., 36.

(41) In questo senso, fra gli altri, Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, II, Milano, 1970, 1432; Bonsignori, *Profilo sistematico delle* (segue)

A tale risalente indirizzo interpretativo - che gode peraltro di recenti, seppur isolate, adesioni (42) - si è peraltro replicato che identificare nell'esigenza di una rapida liquidazione le ragioni della pretesa inammissibilità dell'affitto dell'azienda del debitore, omette di considerare due aspetti fondamentali: da un lato, che non sempre la mera rapidità della liquidazione dell'attivo assicura necessariamente, di per sé stessa, la migliore tutela degli interessi del ceto creditorio; dall'altro lato, che non è possibile escludere a priori che, in talune circostanze, il contratto in esame non comporta affatto un differimento della liquidazione, ma, al contrario, si pone in funzione prodromica rispetto a quest'ultima, agevolandola mediante la cessione dell'azienda in pendenza dell'affitto: è evidente infatti, che l'affitto dell'azienda evita l'interruzione dell'attività produttiva, consente di salvaguardare il valore dell'avviamento ed i livelli occupazionali, ed assicura alla massa un canone, e, in ultima analisi, permette agli organi della procedura di attendere il momento più propizio offerto dal mercato per alienare l'azienda al prezzo più conveniente, realizzando in tal modo la migliore tutela degli interessi creditori (43). Sul piano sistematico, la soluzione favorevole alla possibilità di concedere in affitto l'azienda del fallito trova inoltre conforto nella disposizione di cui all'art. 560, secondo comma, codice di procedura civile, il quale, prevedendo la locazione dell'immobile pignorato, presuppone che la disposizione temporanea del godimento dei beni esecutati, ed il conseguente rinvio della liquidazione, non contrasta con le finalità proprie delle procedure esecutive (44).

L'orientamento appena illustrato, che ritiene compatibile con le finalità liquidatorie della procedura fallimentare, e quindi legittimo, l'affitto di azienda, è ormai nettamente prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza, ed ha trovato definitiva legittimazione in recenti interventi legislativi (45), culminati - da ultimo - nell'art. 3, quarto comma, legge 23 luglio 1991, n. 223, il quale - concedendo all'imprenditore che, «a titolo di affitto, abbia assunto la gestione, anche parziale, di aziende appartenenti ad imprese assoggettate alle procedure concorsuali di cui al comma 1 (fallimento, concordato preventivo con cessione dei beni, liquidazione coatta amministrativa ed amministrazione straordinaria) il diritto di prelazione nell'acquisto delle medesime» - ha indirettamente ammesso l'affitto di azienda in ambito fallimentare, formalizzando in tal modo ad una prassi già ampiamente diffusa (46).

Norme sul trattamento dei rapporti giuridici preesistenti e disciplina della circolazione dell'azienda

Una volta, dunque, ritenuto ammissibile l'affitto in pendenza del fallimento del titolare dell'azienda, rimane da verificare entro che limiti sia possibile coordinare la disciplina fallimentare dei contratti pendenti con quella codicistica inerente la sorte dei contratti stipulati per

l'esercizio dell'azienda dal soggetto dichiarato successivamente fallito nonché la sorte dei crediti e dei debiti relativi all'azienda concessa in affitto.

Nell'ipotesi di affitto endofallimentare occorre anzitutto tenere presente che il contratto viene stipulato in un momento in cui si sono già verificati gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento sui contratti preesistenti, e che pertanto alcuni di essi si sono sciolti automaticamente, mentre altri sono rimasti in vigore per il subentro *ex lege* del curatore nella posizione contrattuale del fallito, mentre altri ancora rimangono sospesi in attesa della scelta che andrà ad operare il curatore tra il subentro e lo scioglimento.

Ovviamente deve escludersi la successione *ex art. 2558* codice civile dell'affittuario nei contratti stipulati dal fallito per l'esercizio dell'azienda, che la legge dichiara sciolti per effetto del fallimento dell'imprenditore o che si siano sciolti per scelta del Curatore ai sensi dell'art. 72 legge fallimentare (47).

L'esclusione della successione nei contratti sopra indica-

Note:

(segue nota 41)

vendite fallimentari, Napoli, 1963, 42 ss.; Sandulli, *In tema di affitto di azienda e di amministrazione del patrimonio del fallito da parte degli organi del fallimento*, in *Foro it.* 1959, I, 685.

(42) Naldini, *Prelazione dell'affittuario: prime innovazioni della Cassazione*, in questa *Rivista* 1996, 28.

(43) Per questi rilievi, ormai consueti nella letteratura più recente, v. Fimmanò, *op. cit.*, 71 ss.; Jorio, *op. cit.*, 673; Ferro, *Problemi*, cit., 462; Panzani, *Affitto d'azienda e procedure diverse dall'amministrazione straordinaria*, in questa *Rivista* 1998, 920; Guemelli, *La cessione di azienda nel fallimento*, in *Dir. fall.* 1997, I, 1181; (mutando l'originaria opinione) Bonsignori, *La liquidazione dell'attivo ed il riparto*, in Ragusa Maggiore, Costa (curr.), *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, III, Torino, 1997, 447 ss.; Pellegrino, *Prassi fallimentare*, Padova, 1990, 168 ss. Per parte sua, la giurisprudenza ha da sempre manifestato di ritenere compatibile l'affitto di azienda del fallito con gli scopi della liquidazione fallimentare: cfr. fra le altre Cass. 25 marzo 1961, n. 682, in *Foro it.* 1961, I, 1143, nonché Cass. 18 gennaio 1982, n. 324, *ivi*, 1983, I, 2263; Trib. Monza 19 aprile 1992 (ord.), in *Giur. comm.* 1994, II, 155.

(44) Rivolta, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973, 19; Apice, *Modo e termini dell'esercizio del diritto di prelazione*, in *Dir. fall.* 1993, I, 607; Bonsignori, *La liquidazione*, cit., 451.

(45) Fra i quali il più significativo è rappresentato dalla legge 27 febbraio 1985, n. 49 (c.d. «legge Marcora»).

(46) Cfr., fra i tanti, Mastrogiacomo, *L'affitto di azienda nel fallimento*, in questa *Rivista* 1996, 942. In giurisprudenza v. in motivazione Trib. Siena 7 ottobre 1991, *ivi*, 1992, 511, secondo il quale, con l'art. 3, legge 223/1991, «il legislatore ha inteso formalizzare la prassi della quasi totalità dei giudici delegati che, sussistendone le condizioni, preferivano far continuare le attività mediante l'affitto d'azienda anziché tramite la gestione diretta del curatore». Sull'istituto della prelazione previsto dall'art. 3, legge 223/1991 v. per tutti Bran, *La prelazione dell'affittuario nell'acquisto dell'azienda*, in questa *Rivista* 1999, 757 ss., ove ult. r. rif.

(47) Secondo alcuni autori, tuttavia, per i contratti che rimangono sospesi ai sensi dell'art. 72 legge fallimentare, la determinazione del curatore di procedere all'affitto dell'azienda comporta il subentro in detti contratti per fatti concludenti: cfr. in questo senso Bozza, *La vendita dell'azienda nel fallimento*, in questa *Rivista* 1987, 292; adesivamente Panzani, *Affitto d'azienda e procedure diverse*, cit., 924, e Fimmanò, *op. cit.*, 267.

ti non costituisce tuttavia ostacolo alla stipulazione del contratto di affitto, perché ad integrare la fattispecie «azienda» è sufficiente - come si è visto - l'esistenza di un complesso di beni oggettivamente organizzato per l'esercizio dell'impresa, non essendo affatto necessario che vi sia anche successione dell'affittuario nei relativi contratti, a meno che si tratti di negozi che assicurano all'imprenditore la disponibilità di beni essenziali per l'attività d'impresa.

Il subentro dell'affittuario deve invece ammettersi per i contratti che sopravvivono *ope legis* al fallimento e, salva diversa pattuizione, nei contratti sospesi *ex art. 72* legge fallimentare non aventi carattere personale e nei quali il curatore abbia espressamente dichiarato di subentrare.

Tra i contratti che sopravvivono per legge a carico della massa assume particolare rilievo la locazione dell'immobile destinato all'esercizio dell'impresa, nel quale l'affittuario deve necessariamente subentrare costituendo lo stesso un elemento imprescindibile per la sopravvivenza dell'azienda: per la sua cessione all'affittuario il curatore dovrà solo darne comunicazione al locatore secondo le modalità previste dall'art. 36 legge 27 luglio 1978, n. 392.

Un discorso a parte merita di essere condotto per i rapporti di lavoro subordinato, che, per inderogabile disposizione contenuta nell'art. 2112 codice civile, si trasferiscono all'affittuario. Tale principio generale deve peraltro essere coordinato con la diversa disciplina prevista dall'art. 47, quinto comma, legge 428/90, per imprese «socialmente rilevanti» (in quanto dotate dei requisiti dimensionali per accedere al trattamento di cassa integrazione straordinaria) in caso di trasferimento di azienda nelle ipotesi di fallimento, omologazione di concordato preventivo con cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria (48). In tali casi, qualora durante la procedura l'attività non sia continuata o sia cessata, ed in sede di consultazione con le associazioni sindacali di categoria (previste dai primi due commi del medesimo art. 47) sia stato raggiunto un accordo relativo al mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, nei confronti dei lavoratori il cui rapporto continua con l'affittuario, non trova applicazione l'art. 2112, codice civile (salvo che dall'accordo non risultino condizioni di miglior favore): ne consegue pertanto che viene meno la responsabilità solidale dell'affittuario per i crediti vantati dai lavoratori all'atto del trasferimento. Qualora invece non sussistano i presupposti di applicabilità della disciplina speciale sopra indicati, sembrerebbe dover riprendere vigore l'art. 2112 secondo comma, codice civile, e dunque l'acquirente o l'affittuario di azienda dovrebbe rispondere dei debiti pregressi limitatamente ai soli lavoratori i cui rapporti non siano stati sciolti (49).

Altro problema riguarda la sorte dei contratti relativi all'azienda al termine dell'affitto, posto che le disposizioni

relative alla successione in detti contratti si applicano, in base all'art. 2558, terzo comma, codice civile, nei confronti dell'affittuario «per la durata dell'affitto». Benché l'ipotesi non sia espressamente disciplinata dal legislatore, è pacifico, in dottrina e in giurisprudenza, che quando viene a cessare l'affitto di azienda in pendenza della procedura di fallimento, si verifica (salvo patto contrario) la successione della curatela (*ex art. 2558* codice civile) sia nei rapporti contrattuali inerenti all'azienda, nei quali era a suo tempo subentrato l'affittuario, sia nei rapporti instaurati *ex novo* dall'affittuario medesimo e tuttora pendenti al momento dell'anticipata cessazione dell'affitto (50), purché si tratti di contratti non eccedenti la potenzialità produttiva dell'azienda e la restituzione di quest'ultima sia ricollegabile direttamente alla volontà delle parti od a un fatto che queste abbiano espressamente previsto (51). A tali rapporti il fallimento dovrà dare puntuale esecuzione e soddisfare tutti i creditori in prededuzione (52).

Lo stesso trattamento, al momento della cessazione del-

Note:

(48) La dottrina ha precisato che la deroga in esame, ed i relativi presupposti di operatività, sono compatibili con l'ipotesi dell'affitto di azienda disposto dalla Curatela, posto che il termine «acquirente», utilizzato nel menzionato art. 47, è usato impropriamente, e deve intendersi nel senso più proprio di «offerente»: diversamente si dovrebbe dedurre che la norma in questione si riferisca solo ai casi di pregressa stipulazione di cessioni di azienda sottoposte a condizione risolutiva: così Fimmano, *op. cit.*, 295.

(49) In questo senso Panzani, *Affitto d'azienda e procedure diverse*, cit., 925. Occorre peraltro considerare che altri autori, pur pervenendo alle medesime conclusioni, hanno tuttavia evidenziato, in chiave critica, che questa soluzione può contrastare con l'esigenza di agevolare i trasferimenti di aziende appartenenti ad imprese in dissesto fuori dai presupposti di operatività dell'art. 47: in questo senso Fimmano, *op. cit.*, 300. Proprio tali considerazioni hanno indotto invece altra dottrina a percorrere una diversa soluzione, secondo la quale deve escludersi la responsabilità solidale dell'affittuario prevista dal combinato disposto dei commi secondo e ultimo dell'art. 2112 codice civile, con riguardo alle pendenze spettanti al lavoratore occupato nell'azienda trasferita, poiché il suo credito troverebbe sufficiente tutela nell'ambito della procedura concorsuale in cui gravita: in questo senso Mastrogiacomo, *op. cit.*, 945.

(50) In questo senso v. Rivolta, *L'affitto e la vendita*, cit., 123; Colombo, *L'azienda*, cit., 293; Bassi, *op. cit.*, 349; Casanova, *Impresa e azienda*, cit., 795 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. 29 gennaio 1979, n. 632, in *Riv. dir. comm.* 1982, II, 145.

(51) Con la conseguenza che resteranno viceversa fuori dall'ambito dell'art. 2558 codice civile tutte le ipotesi in cui il trasferimento sia la conseguenza di una fattispecie non negoziale, come ad es. quella di risoluzione del contratto di affitto per inadempimento dell'affittuario: in questo Cass. 20 dicembre 1991, n. 13762, in *Nuova giur. civ. comm.* 1993, I, 3; Cass. 29 gennaio 1979, n. 632, cit., e, in dottrina, Caiafa, *L'azienda: suoi mutamenti soggettivi nella crisi d'impresa*, Padova, 1990, 174, e Ciunelli, *op. cit.*, 425.

(52) Rivolta, *L'affitto e la vendita*, cit., 123, secondo il quale «ben s'intende che successione del fallimento è formula sintetica per indicare una successione del fallito - pur sempre titolare del patrimonio di cui è stato spossessato - assistita, peraltro, dal regime dei debiti di massa (...) La successione del fallimento nei rapporti contrattuali in corso (...) dando origine un debito della massa (...) può pertanto rappresentare una conseguenza molto gravosa per la massa».

l'affitto, è riservato ai rapporti di lavoro stipulati dall'affittuario, come risulta chiaramente dal tenore dell'art. 2112 codice civile (53). Le uniche note differenziali sono costituite dalla circostanza che non è ammesso - in mancanza di una espressa disposizione legislativa - né il patto contrario, né la possibilità per il lavoratore di recedere dal contratto per giusta causa, dal momento che la sostituzione soggettiva nella posizione dell'imprenditore non è di per sé sola idonea, in linea di massima, a configurare una giusta causa di recesso.

Per quanto concerne i crediti aziendali, è opinione pacifica (54) che essi non si trasferiscono all'affittuario, poiché - come si è visto per l'affitto di azienda fuori della sede fallimentare - la norma dell'art. 2559 codice civile è inapplicabile all'affitto. I crediti del fallito restano pertanto nella disponibilità della Curatela, che li riscuoterà in sede di liquidazione delle attività. Ovviamente nulla impedisce alle parti di pattuire espressamente anche la cessione dei crediti all'affittuario: in tal caso la cessione si configurerà come atto di liquidazione in massa dei crediti ceduti, ed il corrispettivo della cessione confluirà nell'attivo destinato alla ripartizione fra i creditori concorrenti. A questo specifico riguardo vale la pena riportare il testo di una clausola, proposta in un caso concreto da una curatela in sede di trattative con il potenziale affittuario, le cui finalità erano quelle di agevolare la riscossione dei crediti da parte della Procedura, pur mantenendo quest'ultima la relativa titolarità: «al precipuo scopo di agevolare l'Affittante nell'incasso dei Crediti, l'Affittante potrà in ogni momento richiedere all'Affittuaria, che fin da ora accetta e conseguentemente si obbliga, di cercare di incassare per suo conto e nel suo nome i predetti crediti secondo le indicazioni che l'Affittante provvederà a comunicare. Le riscossioni dovranno essere curate dall'Affittuaria con diligenza, rimanendo inteso che le somme saranno fin dalla loro riscossione di esclusiva proprietà dell'Affittante, e che, pertanto, l'Affittuaria non potrà in alcun modo disporre, neppure per soddisfare i propri diritti o ragioni di credito verso l'Affittante. Il trasferimento all'Affittante delle somme riscosse dall'Affittuaria dovrà avvenire con valuta al 15 ed alla fine di ciascun mese; mentre l'Affittuaria dovrà, ogni 30 giorni, rendere conto all'Affittante dei crediti da essa incassati. Per l'attività di cui sopra, l'Affittuaria avrà diritto ad una percentuale pari al [] % dei Crediti riscossi, oltre al rimborso delle spese documentate sostenute per l'incasso dei Crediti medesimi»

Alla medesima conclusione, e per gli stessi motivi già illustrati in relazione all'affitto fuori dal fallimento, si deve pervenire per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda, che non si trasferiscono dunque all'affittuario perché ciò si risolverebbe in una evidente lesione della *par condicio creditorum* (55). Fanno eccezione i debiti sorti da rapporti di lavoro subordinato, i quali - per espresso disposto dell'art. 2112, ultimo comma, codice civile (e nei limiti di quanto non già regolato dall'art. 47, quinto e sesto comma, legge 428/90) - si trasferiscono invece

all'affittuario, con la conseguenza che l'amministrazione fallimentare risponderà in solido con quest'ultimo per i debiti sussistenti al termine dell'affitto (56).

Quanto alle forme in osservanza delle quali il contratto di affitto deve essere stipulato, è opinione pacifica in dottrina che la concessione dell'azienda in affitto è sempre atto di straordinaria amministrazione, e che pertanto il curatore debba essere autorizzato dal Giudice Delegato con decreto ai sensi dell'art. 25, n. 6, legge fallimentare, posto che l'atto non è compreso tra quelli oggetto di autorizzazione da parte del Tribunale a norma dell'art. 35, legge fallimentare (57).

La stipulazione del contratto deve avvenire nel rispetto

Note:

(53) Con riferimento all'art. 2112 codice civile la giurisprudenza ha ritenuto infatti che la nozione di «trasferimento di azienda» ivi contenuta deve essere intesa in senso estensivo, tale da ricomprendere ogni ipotesi di modificazione soggettiva nella titolarità di essa. In particolare, il costante orientamento della Corte di Cassazione ha stabilito che l'art. 2112 trova applicazione in ogni caso di sostituzione nella titolarità dell'azienda, quale che sia il mezzo tecnico giuridico attraverso il quale tale sostituzione si attua: in questo senso, *ex pluribus*, e da ultimo, Cass. 29 novembre 1996, n. 10688, in *Giust. civ. mass.* voce «Lavoro (rapporto di)», 1996, n. 1220; Cass. 5 maggio 1995, n. 4873, *ibidem*, 1995, n. 979; Cass. 5 aprile 1995, n. 3974, *ibidem*, n. 975; Cass. 22 febbraio 1992, n. 2205, *ibidem*, 1991, n. 1010; Cass. 15 gennaio 1990, n. 123, in *Giur. comm.* 1991, II, 229, ove ulteriori riferimenti. In applicazione di tale orientamento, si è precisato che l'art. 2112 riguarda anche il caso di passaggio dell'azienda dall'affittuario all'affittante a seguito di scadenza del contratto di affitto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo eserciti attività imprenditoriale: v. in questa direzione Cass. 20 aprile 1985, n. 2644, in *Giust. civ. mass.* 1985, voce «Lavoro - rapporto di», n. 2067, la quale afferma che «la cessazione dell'affitto di azienda, ancorché a causa di risoluzione del contratto per inadempimento, e il conseguente ritrasferimento dell'azienda medesima dall'affittuario al concedente, configurano una vicenda traslativa riconducibile nell'ambito della previsione dell'art. 2112 codice civile la quale comprende ogni caso in cui il medesimo complesso aziendale, quale entità unitaria dei beni e dei rapporti giuridici, continui ad essere utilizzato in funzione dell'esercizio della stessa attività imprenditoriale, nonostante il mutamento della persona dell'imprenditore»; Cass. 7 luglio 1992, n. 8252, *ivi*, 1992, n. 1025. In dottrina v. fra gli altri Caiafa, *Vicende circolatorie*, cit., 265 ss.; Id., *L'impresa in crisi; esigenze di conservazione e normativa comunitaria*, in *Dir. fall.* 1993, I, 223 ss.; Cottino, *Diritto commerciale*, I, 1, Padova, 1993, 261, secondo il quale «non vi è ragione di non applicare la norma (l'art. 2112: N.d.R) anche ai casi in cui vi siano successivi mutamenti nella persona dell'usufruttuario e dell'affittuario o, più semplicemente, per cessazione dell'usufrutto o dell'affitto, l'azienda torni nella sua complessiva struttura funzionale, al proprietario»; Liccardo, *Fallimento e metodologie di acquisizione dell'azienda affittata*, in questa *Rivista* 1997, 664; De Martini, *Diritto commerciale*, Milano, 1983, 246; Fontana, *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1970, 277 ss.

(54) V. per tutti Panzani, *L'affitto di azienda*, cit., 35.

(55) In questo senso, Cass. 8 maggio 1981, n. 3027, in *Giur. it.* 1982, I, 1, 281; Cass. 3 luglio 1958, n. 2386, in *Giust. civ.* 1958, I, 1876. Fra i giudici di merito v. l'inedita Trib. Mantova 25 gennaio 2001, Gecomontaggi s.r.l. c. Belleli Energy s.r.l. In dottrina v. fra gli altri Panzani, *Affitto d'azienda e procedure diverse*, cit., 924; Campobasso, *op. cit.*, 164; Amatista, *Il contratto di affitto di azienda*, in *Dir. fall.* 1992, I, 829.

(56) V. in tal senso Ferro, *op. cit.*, 464.

(57) In questa direzione cfr. fra gli altri Costa, *L'affitto di azienda nel condato preventivo*, in *Dir. fall.* 1998, I, 1287; Ferro, *op. cit.*, 462; Fimmano, *op. cit.*, 110 ss.; Caiafa, *L'azienda*, cit., 527 ss. Isolata l'opinione di Guernelli, *op. cit.*, 1190, secondo il quale l'affitto di azienda concreterebbe un atto di straordinaria amministrazione, soggetto ad autorizzazione del Tribu-

(segue)

delle forme di cui all'art. 2556 codice civile (vale a dire per atto pubblico o scrittura privata autenticata debitamente iscritta nel registro delle imprese).

Quanto alle procedure di selezione del contraente, è opportuno che, prima della stipula del contratto, la curatela adotti metodi che, nel rispetto di evidenti esigenze di imparzialità e di trasparenza, assicurino la scelta del soggetto che offra le maggiori garanzie di tutela degli interessi dei creditori: nella prassi è abituale il ricorso al metodo c.d. della gara informale sul contratto (58), in base al quale la curatela provvede a pubblicizzare, nelle forme previamente concordate con il Giudice Delegato, un invito ad offrire rivolto a qualunque potenziale interessato, nel quale vengono stabiliti gli impegni minimi la cui assunzione da parte dell'offerente condiziona - secondo le valutazioni degli organi della procedura - la validità dell'offerta, ed al quale è talvolta allegato uno «schema di contratto di affitto» che servirà come base per le trattative che verranno proseguite dalla curatela con il soggetto prescelto.

Le clausole di «salvaguardia»

È opinione diffusa che alla concessione in godimento dell'azienda del fallito a terzi siano fisiologicamente connessi innegabili rischi per la curatela, che possono tradursi per un verso nella dispersione dei beni e nella perdita del valore di avviamento, conseguente al cattivo esercizio dei poteri di gestione attribuiti all'affittuario, mediante omissione da parte di quest'ultimo dei necessari interventi di manutenzione, l'illecita utilizzazione di marchi e brevetti, il ricorso a pratiche di storno di clientela; per altro verso nell'inadempimento, da parte dell'affittuario, degli obblighi contrattualmente assunti relativi, in particolare, al pagamento dei canoni ed alla riconsegna dell'azienda al termine del rapporto (59).

Per eliminare ovvero ridurre tali rischi, in sede di trattative con il potenziale affittuario gli organi della procedura cercano di tutelare gli interessi della massa mediante l'inserimento, nei contratti di affitto, di apposite «clausole di salvaguardia» e la previsione di idonee garanzie accessorie.

Per quanto concerne la durata del rapporto, sono piuttosto rare le ipotesi in cui la curatela abbia pattuito una durata a tempo indeterminato del contratto di affitto. Nella generalità dei casi, il fallimento concede invece l'azienda in affitto per un periodo di tempo determinato, e comunque abbastanza breve (60), durante il quale alla curatela non dovrebbe essere consentito di esercitare il diritto di recesso anticipato, e ciò al fine di garantire un minimo di stabilità del rapporto (61). Resta ovviamente salva la possibilità per la procedura di accordare successive proroghe del rapporto (altrettanto limitate nel tempo) dietro preventiva autorizzazione del Giudice Delegato, sempre che, nel frattempo, non sia possibile procedere alla cessione dell'azienda o dei fabbricati a terzi.

Al fine di garantirsi il puntuale ed integrale adempi-

mento delle principali obbligazioni poste a carico dell'affittuario (pagamento del canone alle scadenze stabilite, mantenimento in efficienza dei beni, mobili ed immobili, costituenti il compendio aziendale, tempestiva riconsegna dell'azienda alla scadenza del rapporto) la Curatela richiede quasi sempre all'affittuario la costituzione di un deposito cauzionale infruttifero ovvero, in aggiunta o in sostituzione di detto deposito, il rilascio di una fideiussione bancaria o di una polizza fideiussoria a prima richiesta, il cui ammontare è fissato, nelle singole fattispecie, facendo riferimento a vari parametri. In alcuni casi si è fatto ad esempio riferimento al valore com-

Note:

(segue nota 57)

nale, specialmente nei casi in cui, mediante la stipula del contratto di affitto, «si ponga anche una rilevante decisione sulla futura vendita, come l'inserimento di un impegno all'acquisto da parte dell'affittuario». Più variegata la gamma di opinioni espresse in giurisprudenza: nel senso del testo, v. Trib. Roma 10 agosto 1995, in *Dir. fall.* 1996, II, 393; Cass. 13 febbraio 1980, n. 1050, in *Giust. civ.* 1980, I, 1332; Trib. Lucca 26 luglio 1979, in questa Rivista 1980, 713; Trib. Pescara 15 novembre 1974, in *Giur. it.* 1976, I, 2, 672. Ritengono invece che l'affitto di azienda rientri tra gli atti di ordinaria amministrazione, purché di durata inferiore a nove anni, Trib. Foggia 8 aprile 1983, in *Dir. fall.* 1983, II, 958; Trib. Monza 14 febbraio 1992, in *Giur. it.* 1994, I, 2, 517; Cass. 25 marzo 1961, n. 682, in *Foro it.* 1961, I, 1143; Trib. Roma 29 luglio 1959, in *Dir. fall.* 1959, II, 692; App. Napoli 29 settembre 1959, *ibidem*, 952. Isolata la posizione di Trib. Modica 1° luglio 1982, in *Giust. civ.* 1983, I, 1848, secondo il quale l'affitto di azienda è tout court atto di ordinaria amministrazione, che il curatore può stipulare senza autorizzazione del Giudice Delegato, sia pure sotto la direzione di quest'ultimo.

(58) Ferro, *op. cit.*, 462-463. Del tutto isolata la posizione assunta da Trib. Monza 14 febbraio 1992, cit. (condivisa in dottrina da Fimmanò, *Op. cit.*, 121-122, e Guemelli, *op. cit.*, 1190, e criticata da Panzani, *Affitto d'azienda e procedure diverse*, cit., 922), il quale ha ritenuto che, «avendo incidenza preminente la previsione dell'esito finale liquidativi verso cui si muove il procedimento concorsuale, esito che, nell'ottica della nuova normazione, auspicabilmente dovrebbe attuarsi attraverso la cessione dell'azienda, come dimostra la sintomatica attribuzione del ridetto diritto di prelazione all'acquisto in favore dell'affittuario, occorra seguire già in fase di scelta del potenziale affittuario, le forme tradizionalmente seguite per l'attuazione delle vendite fallimentari... Per tale motivo ha dato corso ad una gara, con pubblicità legale, e fissazione di termini di rito, per la scelta del potenziale aggiudicatario del diritto a condurre in affitto l'azienda fallita, in analogia con le forme della vendita fallimentare immobiliare».

(59) V. sul punto Panzani, *Affitto d'azienda e procedure diverse*, cit., 921; Ferro, *op. cit.*, 462; Gocini, Solidoro, *Il rilancio dell'azienda in crisi: le scelte strategiche alternative*, in *Dir. fall.* 1993, I, 314.

(60) Latella, *L'affitto dell'azienda*, in Cintioli, D'Amico, Guerrera, Latella, *I trasferimenti di azienda*, Milano, 2000, 782. Ed invero, «dato l'indubbio aggravamento che l'affitto dell'azienda arreca a una futura vendita fallimentare, ne resta riconfermato che il giudice delegato, nel fissare la durata massima dell'affitto stesso, non può non essere vincolato dalle esigenze generali e dalle prospettive, anche ai tempi lunghi, dell'intera liquidazione»: Bonsignori, *Della liquidazione dell'attivo*, in Comm. Scialoja-Branca alla legge fallimentare, Bologna-Roma, 1976, 37.

(61) Nel medesimo senso, Guemelli, *op. cit.*, 1191, e, sostanzialmente, Fimmanò, *op. cit.*, 124 ss., il quale considera valida la clausola di recesso anticipato a favore del fallimento solo nel caso in cui le parti non abbiano fissato la durata dell'affitto. In senso contrario, v. Panzani, *Affitto d'azienda e procedure diverse*, cit., 921, il quale ritiene «indispensabile pattuire clausole risolutive espresse e possibilità di recesso immotivato da parte della procedura».

plativo del complesso aziendale, quale stimato dal CTU previamente nominato dalla procedura; in altri casi ad un multiplo del canone di locazione.

Uno degli aspetti che assume maggior rilievo, nell'economia complessiva del contratto di affitto di azienda, anche in considerazione della funzione strumentale alla vendita che tale contratto riveste, è quello relativo agli obblighi di manutenzione, ordinaria e straordinaria, dei beni aziendali. A questo riguardo è pressoché costante, nella prassi, la clausola che attribuisce all'affittuario l'obbligo di effettuare tutti gli interventi di manutenzione, anche straordinaria, assumendone integralmente i relativi oneri (che altrimenti graverebbero sulla procedura ai sensi dell'art. 2561 codice civile) (62). Nella medesima prospettiva, è frequente l'imposizione all'affittuario dell'obbligo di stipulare idonee polizze di assicurazione con primarie compagnie, per massimali non inferiori a quelli convenuti a copertura di alcuni rischi (incendio, furto, danneggiamento, atti vandalici) relativi agli impianti, beni mobili ed immobili componenti l'Azienda, con clausola di pagamento a prima richiesta scritta a favore della procedura (63).

Altrettanto usuale, nei contratti di affitto di azienda stipulati dagli organi fallimentari, è la clausola che regola la destinazione delle miglorie e delle addizioni apportate dall'affittuario (a seguito degli investimenti effettuati durante il corso del rapporto), nell'ipotesi in cui il complesso aziendale oggetto dell'affitto sia aggiudicato ad un soggetto diverso dall'affittuario medesimo.

Su questo punto, l'art. 2562 codice civile assume, pur nella sua estrema brevità, un'importanza fondamentale. Nel suo richiamo all'art. 2561 codice civile, il predetto art. 2562 codice civile rende infatti applicabile l'ultimo comma dell'art. 2561, in cui si prevede che «la differenza tra le consistenze di inventario all'inizio e al termine dell'usufrutto è regolata in denaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'usufrutto».

La giurisprudenza ha dato concreta applicazione al predetto principio, statuendo che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2561 e 2562 codice civile, l'affittuario non acquista la proprietà delle cose immesse, bensì ha solo diritto alla differenza in denaro tra le consistenze di inventario (64). Tale conclusione viene peraltro in una certa misura mitigata dal riconoscimento, in capo alle parti, di un potere di disposizione negoziale, in virtù del quale esse possono prevedere espressamente che l'affittuario conservi la proprietà dei suoi apporti (65) ed il diritto di asportarli purché essi siano separabili senza danneggiare il complesso aziendale. Qualora ciò non sia possibile, infatti, le eventuali addizioni e miglorie rimarrebbero acquisite dalla Procedura, che spesso si riserva in sede contrattuale addirittura la facoltà di richiedere, in alternativa, la rimessa in pristino a spese dell'affittuario (66).

Ulteriori questioni si pongono per quanto concerne il c.d. magazzino, vale a dire per le scorte di materie prime, semilavorati e prodotti finiti. A tale riguardo è prassi

diffusa, in considerazione del valore di scambio (e non del valore d'uso) che tali beni possiedono, che la curatela imponga all'affittuario l'obbligo di acquistare detti beni in unica soluzione all'inizio del rapporto (67), ovvero a più riprese nel corso dell'affitto secondo le esigenze produttive dell'affittuario od entro termini prestabiliti. Quanto invece alle materie prime, semilavorati e prodotti finiti esistenti presso il magazzino al momento della restituzione dell'azienda, gli organi della procedura si cautelano mediante l'inserimento di una clausola che prevede l'impegno dell'affittuario di acquisire detto magazzino a valori prestabiliti (68).

Note:

(62) Fimmanò, *op. cit.*, 124; Guemelli, *op. cit.*, 1191.

(63) Fimmanò, *op. cit.*, 123.

(64) Così Cass. 10 febbraio 1968, n. 455, in *Riv. dir. ind.* 1970, II, 193; Cass. 12 ottobre 1973, n. 2574, in *Giust. civ.* 1974, I, 226; Cass. 13 aprile 1977, n. 1388, in *Rep. giust. civ.* 1977, I, 247; per la dottrina, in senso conforme, v. da ultimo Caiafa, *L'azienda*, cit., 167 ss. Il ragionamento che presiede all'interpretazione dei giudici si fonda sulla «ratio» che ispira la disciplina legislativa dell'affitto, ed in particolare sulla qualificazione dell'azienda come *universitas rerum* cioè come «complesso di beni organizzati, anche se materialmente distinti, in vista di una finalità produttiva». In base a tali considerazioni, «tutti i beni che vi vengono eventualmente immessi dall'affittuario per perseguire tali finalità vanno a far parte integrante del complesso aziendale», rimanendo in proprietà del *dominus*. La situazione si presenta in tal modo in termini profondamente diversi dalla figura della locazione che, giusta l'art. 1593 codice civile, consente al conduttore dell'immobile di acquistare la proprietà delle addizioni, pur se a determinate condizioni. La previsione di siffatto potere dispositivo viene, in ogni caso, subordinato al rispetto dell'integrità essenziale e strutturale dell'azienda, talché deve intendersi nel senso di un potere non assoluto e insindacabile, bensì limitato nell'oggetto in relazione alle sue finalità.

(65) V. in particolare la menzionata Cass. 12 ottobre 1973, n. 2574, cit. alla nota precedente.

(66) Una soluzione alternativa, contrattualmente più complessa, consiste nel prevedere che l'aggiudicatario dell'azienda (diverso dall'affittuario) sia obbligato ad indennizzare quest'ultimo per le miglorie e le addizioni apportate all'azienda, secondo un meccanismo di valutazione obiettivo da predeterminarsi in sede contrattuale: v. Panzani, *Affitto d'azienda e procedure diverse*, cit., 923.

(67) Panzani, *Affitto d'azienda e procedure diverse*, cit., 922.

(68) In tal senso è la prassi del Tribunale di Milano: cfr. Gocini, *Solidoro, Il rilancio*, cit., 314; Fimmanò, *op. cit.*, 124.