

## L'AFFITTO DI AZIENDA *PREESISTENTE* AL FALLIMENTO

FRANCESCO FIMMANÒ

SOMMARIO 1. La fattispecie prima della riforma e l'evoluzione delle funzioni del contratto - 2. L'art. 79 della legge fallimentare - 3. Il recesso ed i rimedi alternativi. - 4. L'opponibilità alla procedura. - 5. Prelazione legale e prelazione convenzionale all'acquisto.

### *1. La fattispecie prima della riforma e l'evoluzione delle funzioni del contratto*

Il tema dell'affitto di azienda *preesistente* alla dichiarazione di fallimento ha un particolare rilievo in sede concorsuale in quanto frequentemente il contratto viene stipulato dall'imprenditore in crisi nell'ambito di un *programma* diretto a "lasciare" i debiti alla procedura ed a permettere la prosecuzione dell'attività d'impresa ad un imprenditore-affittuario terzo.

Tale programma può essere concepito in modo *virtuoso e dichiarato*, al fine di consentire in particolare una *gestione ponte* propedeutica ad evitare soluzioni di continuità dell'attività economica sullo sfondo di una definizione concordataria (preventiva<sup>1</sup> o appunto fallimentare) della crisi, od in modo "abusivo" o persino "simulato", al fine semplicemente di sottrarre alla massa le scelte di gestione dell'impresa e conseguentemente di amministrazione del patrimonio fallimentare, con un canone inadeguato e clausole contrattuali sfavorevoli alla curatela, quale *prospettico avente causa*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sul contratto d'affitto di azienda pendente nel concordato preventivo, seppure *ante riforma*, cfr. A. DIMUNDO – A. PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, 1999.

<sup>2</sup> Con riferimento a questa ipotesi mi permetto di rinviare a F. FIMMANÒ, *La crisi delle società di calcio e l'affitto di azienda sportiva*, in *Dir. fall.*, I, 2006, p.30 ove è richiamata una ordinanza del 16 luglio 2004 del Tribunale di Napoli, secondo cui "soluzioni come quella dell'affitto di azienda non potranno mai essere utilizzate come strumento per lasciare alla società locatrice la gran parte della debitoria esonerando la società sportiva... dalla necessaria dimostrazione che la crisi economica in cui attualmente versa sia effettivamente transitoria e non irreversibile....se scopo

La espressa disciplina della fattispecie dettata dalla novella fallimentare accentua la prima opzione di utilizzo *tipico*, in funzione di una definizione concordataria (a guisa di *bad bank*), garantita eventualmente dal prezzo di successiva vendita dell'azienda all'affittuario oltre che dai canoni di locazione. Ciò anche in considerazione del fatto che il concordato fallimentare, può essere ora, oltre che una mera modalità *subprocedimentale* di chiusura del fallimento, una variante *procedimentale* del modello liquidatorio *base*, rappresentando una possibile alternativa allo stesso per la gestione e la sistemazione dell'insolvenza che sia stata accertata in via giudiziale, da attuare subito dopo tale accertamento<sup>3</sup>. La previsione della facoltà di recesso indennizzato in cui la eventuale valutazione del giudice va condotta sul piano dell'*equilibrio delle prestazioni* con riferimento al margine di guadagno che la parte si riprometteva di trarre dalla esecuzione del contratto, consente nella modalità di utilizzo, per così dire *fisiologica*, anche una corretta programmazione della fattibilità economica della sistemazione concordataria dopo il fallimento, *anche a beneficio di eventuali finanziatori*. Il tutto al fine di evitare quelle interruzioni dell'attività di impresa, in alcuni casi esiziali, derivanti dal tempo necessario alla selezione ed alla contrattazione per un affitto successivo, visto che la gestione sostitutiva rimane nella riforma una ipotesi del tutto eccezionale<sup>4</sup>.

In ogni caso, per la giurisprudenza prevalente *ante riforma*, il fallimento del *locatore* non determinava lo scioglimento o la sospensione del contratto di affitto che proseguiva col curatore in applicazione analogica dell'art. 80, 1. fall., dettato in tema di locazione di immobili<sup>5</sup>, anche se

---

della procedura concorsuale è quello di tutelare le ragioni dei creditori, secondo criteri ispirati dal principio della parità di trattamento, una linea diversa si risolverebbe...in un risultato di segno affatto opposto, paradossalmente favorendo, per una sorta di eterogenesi dei fini non trasparenti *operazioni e speculazioni finanziarie in pregiudizio dei medesimi*".

<sup>3</sup> In questo contesto assumono rilievo le modifiche apportate al concordato dal decreto correttivo ed in particolare la elevazione ad un anno dall'inibitoria temporale (prima di sei mesi) dalla dichiarazione di fallimento per la presentazione della domanda di concordato da parte del fallito; e la soppressione della legittimazione del curatore alla presentazione della proposta, precedentemente attribuitagli dall'art. 129, comma 2, 1. fall.,.

<sup>4</sup> Al riguardo mi sia consentito di rinviare a F. FIMMANÒ, *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, in corso di pubblicazione.

<sup>5</sup> In tal senso incidentalmente Cass. 28 aprile 1993 n. 5012, in *Fallimento*, 1993, p. 1123, secondo cui nella specie "è dedotto un contratto di affitto di azienda della cui sostanziale identità strutturale e funzionale con la fattispecie contrattuale della locazione di immobili cui si riferisce l'art. 80, 1. fall., non può dubitarsi".. Nello stesso senso: G.C. RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973, p. 400 (che argomenta anche dall'art. 1626 c.c., laddove è previsto che l'insolvenza dell'affittuario e non anche quella del locatore comporta lo scioglimento del contratto); L. GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, nel *Commentario Scialoja e Branca, La legge fallimentare*, a cura di Bricola, Galgano, Santini, *sub*

alcune corti di merito propendevano per la sospensione <sup>6</sup> ed altre per l'applicazione del principio normativo di cui all'art. 72, l. fall., con la conseguente libertà di scelta tra l'esecuzione e lo scioglimento, sul presupposto che la norma costituisse una regola di generale applicazione a tutti i rapporti negoziali in corso <sup>7</sup>. Vi era poi chi sosteneva la tesi del subentro del fallimento nel contratto solo in caso di espressa dichiarazione del curatore, escludendo la continuazione per *facta concludentia* <sup>8</sup>.

La prosecuzione del rapporto comportava, in caso di *retrocessione dell'azienda*, che il curatore subentrasse, salvo eventuale patto contrario, nei contratti stipulati dall'affittuario ex art. 2558 c.c. e nei rapporti di lavoro e negli obblighi sanciti dall'art. 2112, c.c.. Inoltre in caso di restituzione dell'azienda, con riferimento ai contratti che retrocedevano ex art. 2558 c.c., si riteneva inapplicabile la disciplina dei rapporti giuridici pendenti di cui agli artt. 72 ss l.fall., che essendo di carattere eccezionale esigeva la preesistenza dei rapporti al fallimento: per l'effetto si riteneva che il curatore subentrasse in detti contratti senza alcuna possibilità di sciogliersi dal vincolo creato dall'affittuario <sup>9</sup>.

Veniva correttamente replicato che l'applicazione del vecchio art. 80, l. fall., all'affitto di azienda comportasse conseguenze non del tutto coincidenti con quelle che si hanno nella più semplice fattispecie della locazione immobiliare: infatti, finché l'affitto è in corso, delle scorte e forse anche di altri beni, pur appartenenti al locatore, “può disporre soltanto l'affittuario e non il locatore prima e il curatore poi. Dunque, se il contratto continua con il fallimento, vi sono beni, facenti parte dell'attivo fallimentare, ma temporaneamente non liquidabili. Inoltre, dal contratto di affitto può sorgere un debito di conguaglio ai sensi dell'art. 2561, ultimo comma, c.c., che, se vi è subingresso automatico, dovrebbe essere pagato alla scadenza in prededuzione; ancora, i debiti contratti dall'affittuario anteriormente al fallimento possono gravare sul passivo fallimentare; e infine, la presenza dell'affitto rende inapplicabile una parte delle norme sui rapporti in corso di

---

artt. 72-83, 80, Bologna-Roma, 1979, p. 93. Sull'argomento cfr. P. LICCARDO, *Fallimento e metodologie di acquisizione dell'azienda affittata*, in *Fallimento*, 1997, p. 661 s.; R. VIGO, *Effetti del fallimento del locatore sull'affitto d'azienda*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 79.

<sup>6</sup> Trib. Napoli 31 marzo 1994, in *Fallimento*, 1994, p. 884; Trib. Perugia 26 giugno 1988, *ivi*, 1989, p. 342; Trib. Chieti 5 settembre 1986, *ivi*, 1987, p. 631.

<sup>7</sup> Trib. Bologna, 22 gennaio 1991, in *Fallimento*, 1991, p. 529; Trib. Parma, 31 maggio 1997, in *Giur. it.*, 1998, 2120, secondo il quale peraltro in caso di esercizio della facoltà di scioglimento del contratto di affitto d'azienda ex art. 72 l.fall. è ammissibile la richiesta cautelare *ante causam* ex art. 700 c.p.c. di riconsegna immediata alla curatela fallimentare dei beni aziendali.

<sup>8</sup> G. U. TEDESCHI, *Le procedure concorsuali*, Torino, 1996, sub art. 80, p. 609.

<sup>9</sup> Così L. PANZANI, *Affitto di azienda*, in *I rapporti giuridici pendenti*, Milano, 1998, p. 39.

esecuzione”. Tutto ciò non avviene allorché oggetto della locazione è un bene singolo e non un’azienda, sicché l’estensione dell’art. 80, l. fall., era opinabile specie muovendo dall’assunto che la legge disponeva la continuazione del contratto di locazione immobiliare a carico del fallimento in quanto favorevole agli interessi della massa<sup>10</sup>.

Secondo altro orientamento, quindi, al contratto di affitto di azienda pendente, si sarebbe dovuta applicare la regola della sospensione del contratto con attribuzione al curatore della facoltà di subentro, in modo da tener conto anche dei rischi che la prosecuzione, a differenza della locazione immobiliare<sup>11</sup>, avrebbe comportato per la massa, per effetto tra l’altro della responsabilità solidale derivante dall’art. 2112 c.c.<sup>12</sup>. In virtù del disposto dell’art. 1626, c.c., che prevede lo scioglimento del contratto, veniva proposta, in difetto di un’espressa previsione della legge fallimentare, l’applicazione dell’art. 81 l.fall. dettato per il contratto di appalto che sanciva lo scioglimento del contratto, salva la facoltà di subentro da parte del curatore, previamente autorizzato dal giudice delegato, in grado di offrire idonee garanzie per l’adempimento delle obbligazioni derivanti dall’affitto<sup>13</sup>.

Non mancava infine l’ulteriore posizione minoritaria nel senso che il contratto di affitto comunque si sciogliesse automaticamente.

---

<sup>10</sup> R. VIGO, *op. cit.*, p. 82 il quale rileva che “la dottrina che ha suggerito l’applicazione estensiva dell’art. 80 l. fall. muove da una premessa diversa e convincente. Invero, le norme sui rapporti giuridici preesistenti non riservano al contraente *in bonis* un trattamento deteriore rispetto a quello disposto per gli altri creditori, ma mantengono gli equilibri che sono costruiti nell’esecuzione forzata singolare fra lo stesso contraente e il creditore istante. Il fondamento dell’art. 80, l. fall., sta nel principio *emptio non tollit locatum*, che opera nel fallimento così come opera nei confronti di colui che acquista il bene locato in seguito alla esecuzione forzata singolare. È vero che il legislatore ha enunciato la regola del subingresso automatico con riferimento alla locazione immobiliare. Presumibilmente ciò è avvenuto perché questa è la fattispecie di locazione più frequente, alla quale si era pensato anche anteriormente all’emanazione della legge fallimentare. Peraltro, nel diritto comune quel principio opera sicuramente anche per ogni altra locazione, e non vi è ragione di non farne applicazione nel fallimento (art. 1625 c.c.)”.

<sup>11</sup> Cfr. L. PANZANI, *op. ult. cit.*, p. 31.

<sup>12</sup> PROTO, *Rapporti che proseguono ex lege con la massa*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. PANZANI, Torino, 1999, Vol. II, p. 350. Per la tesi che riconosce al curatore una facoltà di subentro cfr. Trib. Monza 27 gennaio 1998, in *Fallimento*, 1998, p. 5333; Trib. Genova 7 giugno 1994, *Fallimento*, 1994, p. 1303; Trib. Napoli 31 marzo 1994, *ivi*, 1994, p. 884; Trib. Bologna 21 gennaio 1991, *Fallimento*, 1991, p. 529; Trib. Chieti 5 settembre 1986, *Fallimento*, 1987, p. 631.

<sup>13</sup> A. JORIO, *Le crisi d’impresa, il Fallimento*, Milano, 2000, 547 s.

## 2. La nuova disciplina.

La *novella*, nell'uscire dall'agnosticismo normativo che aveva riguardato il tema, ha non solo dato all'azienda, al ramo (e persino all'universalità di beni aziendali non costituenti compendio autonomo) una centralità nelle norme sulla liquidazione dell'attivo (artt. 104 ss.), ma ha affrontato espressamente anche la questione del contratto di affitto preesistente.

In particolare l'art. 79 (a seguito del decreto correttivo e già art. 80 bis, 1. fall.)<sup>14</sup> sancisce che *“il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto d'azienda, ma entrambe le parti possono recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. L'indennizzo dovuto dalla curatela è regolato dall'articolo 111, n. 1”*.

Il legislatore non chiarisce se la disposizione riguarda il fallimento dell'affittuario oppure quello del locatore o entrambe le fattispecie.

Se si propendesse per la soluzione riferita al solo fallimento *del locatore* si potrebbe prescindere dai connessi problemi di esercizio provvisorio dell'impresa, in quanto la continuazione automatica nel caso di fallimento dell'affittuario integra appunto una ipotesi di esercizio provvisorio, che se considerata fuori dall'ambito della disciplina di cui all'art. 104, 1. fall., lascerebbe spazio al solo recesso cui il curatore sarebbe obbligato in ogni caso.

Invero, il sistema generale di cui all'art. 72, 1. fall., è stato ideato per il caso in cui l'esecuzione del rapporto può essere sospesa senza pregiudizio.

Nell'affitto, viceversa, il legislatore è partito dalla considerazione che la sospensione improvvisa del contratto, con la conseguente interruzione dell'attività economica, può determinare conseguenze gravi in ordine alla custodia dei beni ed alla conservazione dell'organizzazione aziendale e

---

<sup>14</sup> L'art. 12 del decreto correttivo della riforma sancisce che l'articolo 79 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, è sostituito dal seguente << 79. *Contratto di affitto d'azienda*. Il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto d'azienda, ma entrambe le parti possono recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. L'indennizzo dovuto dalla curatela è regolato dall'articolo 111, n. 1.>>. L'art. 14 del correttivo aggiunge evidentemente che <<L'articolo 80-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, è abrogato>>. Il contenuto tuttavia rimane identico.

dell'avviamento, con pregiudizio dell'affittuario e impoverimento della massa attiva<sup>15</sup>.

La prosecuzione è di regola utile nel breve periodo, mentre ostacola la liquidazione se si protrae a lungo, sottraendo peraltro, sia pur temporaneamente, alcuni beni al potere di disposizione del curatore, non essendo prevista una fase di sospensione.

In ogni caso qualsiasi sia la scelta del curatore, ed a prescindere dallo specifico contenuto precettivo dell'art. 72 l. fall., si deve ritenere che tale scelta configuri *un atto di straordinaria amministrazione* rimesso alla previa autorizzazione del comitato dei creditori e, se di valore superiore a cinquantamila euro, qualora non già approvato dal giudice delegato nel piano di liquidazione di cui all'art. 104-ter l.fall., soggetto anche ad una preventiva informazione al giudice delegato a norma dell'art. 35 l. fall. Quest'ultimo evidentemente deve in sostanza approvare, anche implicitamente, la decisione assunta dal curatore, in quanto altrimenti, a prescindere dalla necessità o meno di specifica autorizzazione, dispone di poteri giurisdizionali tali da inibire l'esecuzione della scelta<sup>16</sup>.

In caso di fallimento del locatore il curatore dovrà dunque sottoporre la sua scelta di recedere o meno dal contratto di affitto di azienda al comitato dei creditori e al giudice delegato, partendo, nella valutazione comparativa, dal presupposto che per il contratto *endofallimentare* l'art. 104 bis, l. fall., contempla una serie di condizioni minime. Anche se va escluso che al curatore sia preclusa l'autorizzazione a proseguire il contratto di affitto di azienda che non abbia i c.d. requisiti minimi di cui all'art. 104 bis l.fall., come va escluso che tali previsioni possano costituire norme imperative modificative in via automatica delle clausole del contratto pendente.

Analogamente, in caso di fallimento dell'*affittuario*, il curatore deve esercitare la facoltà di continuazione o recesso dal contratto di affitto di azienda anche in virtù di quanto disposto dall'art. 104, l.fall., dettato in tema di esercizio provvisorio dell'impresa. Tuttavia questo significa, in caso di

---

<sup>15</sup> Da questo angolo visuale non è condivisibile la critica di chi ha affermato che l'art. 79, l. fall. (già 80 bis) "più che attagliarsi al caso del fallimento (procedura rimasta anche nello spirito del legislatore riformatore una soluzione liquidatoria della crisi dell'impresa), parrebbe essere ispirata alla soluzione già prevista dalla normativa dell'insolvenza della grande impresa in crisi, nell'ambito della quale la prosecuzione delle attività imprenditoriali in capo agli organi di procedura in vista della realizzazione del programma di risanamento rappresenta la regola e non già l'eccezione" (A. GIOVETTI, sub *Art. 80 Bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. JORIO, Vol. I, Torino, 2006, 1290 s.). Infatti la preesistenza di un contratto di affitto di azienda, a prescindere dalle sue caratteristiche, presuppone proprio che ci sia un'attività economica in corso e che quindi lo scioglimento del rapporto ne determina una oggettiva interruzione.

<sup>16</sup> Cfr. ad es. il disposto dell'art. 25, co. 2, l. fall..

continuazione, che l'esercizio dovrebbe soggiacere alle regole del contratto di affitto di azienda (a cominciare dalla durata, dall'opportunità della prosecuzione rimessa in ogni momento al comitato dei creditori, dall'applicazione, in caso di cessazione, della disciplina dei rapporti giuridici pendenti di cui alla sezione IV del capo III del titolo II, etc.). Ma ciò va sicuramente escluso e quindi occorre ritenere che sia preclusa la possibilità di prosecuzione del contratto preesistente laddove il fallito sia l'affittuario, rimanendo in tal caso solo la possibilità di recedere<sup>17</sup>.

La novella nulla dice in ordine ai rapporti pendenti in caso di *retrocessione dell'azienda* o di un suo ramo, a seguito di recesso o comunque cessazione del contratto di affitto preesistente.

L'articolo 104 *bis* l.fall., ult. comma, prevede che la retrocessione al fallimento di aziende o rami di azienda, non comporti la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione in deroga espressa alla disciplina dettata dagli artt. 2560 e 2112 c.c.,.

Le ragioni che hanno ispirato la disposizione e la natura della procedura ci fanno propendere per un applicazione della norma anche ai contratti di affitto preesistenti oltre che a quelli endoconcorsuali. Gli effetti dell'applicazione della regola dell'accollo cumulativo *ex lege* per i debiti da rapporto di lavoro dipendente anche non risultanti dalle scritture contabili, renderebbero altrimenti difficilmente praticabile ogni prosecuzione del contratto preesistente. La vera deroga è infatti quella all'art. 2112, c.c., in quanto l'art. 2560, c.c., è già inapplicabile all'affitto e la sua previsione serve tutt'al più a dirimere questioni di valenza marginale sorte in tema di debiti tributari e previdenziali<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Non appare condivisibile l'impostazione di chi invece sostiene che nell'ipotesi di fallimento dell'affittuario, la soluzione sarebbe quella di leggere il dettato dell'art. 79, l. fall. (già 80 *bis*) in combinato disposto con quanto previsto dagli articoli 104, 104 *bis*, 104 *ter*, 35 l.fall., salvo applicare dette norme in termini tali da renderle a loro volta compatibili con la disciplina dell'eventuale subentro definitivo in un rapporto giuridico pendente. E pertanto, in caso di fallimento dell'affittuario, qualora l'esercizio provvisorio dell'impresa non sia stato autorizzato dal tribunale con la sentenza dichiarativa di fallimento, il curatore che non intendesse recedere dal contratto di affitto di azienda potrebbe sottoporre al giudice delegato e al comitato dei creditori oltre che tale scelta, altresì quella di autorizzazione all'esercizio provvisorio ai sensi del novellato art. 104 l.fall. da disciplinare, sotto il profilo sostanziale, non già a norma dell'art. 104 l.fall., bensì sulla base dello stesso contratto di affitto di azienda al cui rispetto il curatore sarebbe tenuto anche in assenza dei requisiti previsti dall'art. 104 l.fall. (A. GIOVETTI, *op.loc.ult. cit.*).

<sup>18</sup> Cfr. al riguardo in F. FIMMANÒ, *Gli effetti della vendita*, in F. FIMMANÒ – C. ESPOSITO, *La liquidazione dell'attivo fallimentare*, Milano, 2006, p. 134. Quanto detto per i debiti derivanti da rapporti di lavoro non vale per quelli contratti nei confronti degli *istituti previdenziali* per l'omesso versamento dei *contributi obbligatori*, esistenti al momento del trasferimento, che costituiscono, come ha correttamente rilevato la Suprema Corte debiti inerenti all'esercizio

E lo stesso vale per la disposizione di cui all'ultima parte dell'art. 104-*bis* laddove il legislatore sancisce che *ai rapporti pendenti* al momento della retrocessione dell'azienda in capo al fallimento si applichi la disciplina di cui alla sezione IV del Capo III del titolo II della legge fallimentare. Invero il comma 6, dell'art. 104 *bis*, l. fall. non distingue tra rapporti pendenti proseguiti dall'affittuario, ma non ancora interamente eseguiti al termine dell'affitto e contratti stipulati *ex novo* dall'affittuario, ma rimasti ancora ineseguiti, totalmente o parzialmente, al momento della retrocessione. Ciò significa che al curatore vengono attribuite esattamente le stesse prerogative che aveva al momento della dichiarazione di fallimento *ex art. 72 ss.*, l. fall., salvo i casi di prosecuzione o scioglimento automatico<sup>19</sup>.

Per i contratti, secondo l'orientamento prevalente *ante riforma*, la disciplina dettata dagli artt. 2558 e 2112, c.c., andava applicata anche nell'ipotesi di *retrocessione* dell'azienda, ancorchè non espressamente disciplinata dal legislatore<sup>20</sup>. In particolare per la Suprema Corte si

---

dell'azienda e restano soggetti alla disciplina generale dettata dall'art. 2560. c.c.,. Per questi debiti, infatti, non può operare l'art. 2112, comma 2, prima parte, c.c., sia perché la solidarietà è limitata ai soli crediti di lavoro del dipendente e non è estesa ai crediti di terzi, quali devono ritenersi gli enti previdenziali, sia perché il lavoratore non ha diritti di credito verso il datore di lavoro per l'omesso versamento dei contributi obbligatori (oltre al diritto al risarcimento dei danni nell'ipotesi prevista dall'art. 2116, comma 2, c.c.), restando estraneo al c.d. rapporto contributivo, che intercorre tra l'ente previdenziale e il datore di lavoro (Cass. 16 giugno 2001, n. 8179, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2002, p. 119 con nota di ALBI, in *Dir. prat. soc.*, 2002, f. 6, p. 72, con nota di DELL'ARTE, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, p. 526 con nota di DE PAOLA). In tal senso cfr. anche A. BONAIUTO, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, Padova, 1999, p. 139. Unica eccezione è contenuta nell'art. 15, d.P.R. n. 1124 del 1965 che, in materia di *assicurazione contro gli infortuni del lavoro e le malattie professionali* prevede che, in caso di trasferimento d'azienda, l'acquirente è solidalmente obbligato (salvo regresso) con l'alienante per *i premi e i relativi accessori* che si riferiscono all'anno in corso e ai due precedenti. Tale disposizione trova applicazione a prescindere dal fatto che tali crediti risultino o meno dai libri contabili (Cass., Sez. lav., 29 marzo 1995, n. 3752, in *mass.*; cfr: Cass., sez. lav., 29 gennaio 1992, n. 906, in *mass.*, secondo cui in caso di usufrutto e di affitto d'azienda non si avrebbe la solidarietà dell'alienante e dell'acquirente, poiché in tali casi la tutela dei crediti dell'ente assicuratore è fornita dalla previsione nel privilegio di cui all'art. 33 del citato d.P.R.).

<sup>19</sup> In tema mi permetto di rinviare a F. FIMMANÒ, *Art. 104 bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di A. JORIO, Torino, 2006, Vol II, par. 7.

<sup>20</sup> L. PANZANI, *Affitto d'azienda e procedure diverse dall'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 1998, p. 925; A. DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, Milano 1950, p. 440. Secondo A. BASSI, *Riflessioni sull'affitto di azienda e sull'affitto di opificio nel fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 349, invece per i contratti stipulati *ex novo* dall'affittuario è da ipotizzare più che il subentro puro e semplice del fallimento, che potrebbe essere molto gravoso per la massa, un sistema analogo a quello previsto dagli artt. 72 e ss., l. fall., per i rapporti giuridici preesistenti, sistema che consente al curatore di effettuare scelte più opportune e, nei casi non previsti, l'applicazione della regola della sospensione. Retrocedono invece tutti i rapporti contrattuali preesistenti e sopravvissuti al fallimento nei quali l'affittuario è succeduto.

realizzava il subentro purchè si trattasse di contratti *non eccedenti la potenzialità produttiva dell'azienda valutata al momento della conclusione del contratto di affitto*, o i poteri di gestione attribuiti pattiziamente all'affittuario<sup>21</sup>, e purchè la restituzione dell'azienda fosse collegata direttamente alla volontà delle parti ovvero ad un fatto che queste avessero espressamente previsto e in relazione al quale avessero potuto disporre circa la sorte dei contratti (a prestazioni corrispettive inerenti all'azienda) ancora non interamente eseguiti al suo verificarsi<sup>22</sup>.

Si tratta evidentemente di limiti direttamente connessi agli obblighi legali dell'affittuario di non alterare le caratteristiche fondamentali dell'azienda<sup>23</sup> validi anche in sede fallimentare, sempre che il punto non sia

---

<sup>21</sup> Cass. 29 gennaio 1979, n. 632, in *Foro it.*, 1979, I, c. 1818, con nota di A. JANNARELLI; in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 488; e in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, p. 145, con nota contraria di F. CHIOMENTI, in *Nuova giur. civ.*, 1993, I, p. 1, con nota di G. VERDIRAME, *Successione nei contratti e divieto di concorrenza al termine dell'affitto di azienda*, ed in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 488. Nel caso di specie si trattava di risoluzione per inadempimento dell'affittuario e, pertanto, la Cassazione ha escluso che fosse applicabile l'art. 2558, c.c.. Nello stesso senso, seppur con riferimento ai rapporti di lavoro, la Cassazione (Cass. 20 aprile 1985, n. 2644; Cass. 17 aprile 1990 n. 3167; Cass. 13 giugno 1990, n. 5739; In particolare Cass. 7 luglio 1992, n. 8252, in *Giur. it.*, 1993, I, 1 p. 70 s. ed in *Dir. prat. lav.*, 1992, p. 3235), ha rilevato che poichè la disciplina dettata dall'art. 2112 deve essere applicata anche all'ipotesi di restituzione dell'azienda dal concessionario al concedente, purchè quest'ultimo utilizzi i beni in funzione dell'esercizio dell'attività di cui gli stessi sono strumento, l'ipotesi prevista dal suddetto articolo di legge si realizza (ove si accerti che l'organizzazione dei beni, che costituisce l'oggetto dell'attività imprenditoriale rimanga immutata e che venga svolta la medesima attività) anche se il concedente, anzichè proseguire direttamente l'attività già in precedenza esercitata dal concessionario, sostituisca a quest'ultimo, senza soluzione di continuità, un altro soggetto pure in qualità di concessionario, dovendosi in tal caso ritenere una indiretta utilizzazione dei beni da parte del concedente a mezzo del nuovo concessionario, proprio in funzione di quella determinata attività di cui l'azienda è strumento. Già, App. Bologna 8 luglio 1959, in *Riv. dir. lav.*, 1961, II, p. 261 (con nota adesiva di G. COTTINO, *Restituzione dell'azienda al locatore nuova concessione in affitto e responsabilità per i debiti di lavoro*), osservava che in generale, il fatto che si contempri espressamente il solo passaggio di proprietà dal venditore all'acquirente, cioè ipotesi normale, non dovrebbe escludere che nella parola trasferimento possa ricomprendersi il caso di un ritorno della proprietà dell'acquirente al venditore per risoluzione ad esempio. La *ratio* della norma non muta: il silenzio del legislatore non dovrebbe aver altro significato che non sia quello di ottenere la regolamentazione di un'ipotesi anomala, ricavabile però dalla disciplina della legge.

<sup>22</sup> Questa seconda condizione è stata criticata in quanto la successione nei contratti è indifferente al titolo (convenzionale o legale) alla stregua del quale si trasferisce l'azienda, come dimostrano i casi dell'usufrutto legale, dell'acquisto *mortis causa*, etc. (A. JANNARELLI, *op. loc. ult cit.*).

<sup>23</sup> I limiti fissati pattiziamente non possono essere invocati con riferimento all'art. 2112, c.c., ed è in verità assai dubbio che possano esserlo quelli derivanti in qualche modo dagli obblighi di legge, considerato il carattere imperativo della norma a tutela del lavoratore.

stato oggetto di specifica pattuizione nel contratto<sup>24</sup>. Infatti, a differenza di quanto accade per i debiti, per le fattispecie disciplinate dall'art. 2558, c.c., è consentito il patto contrario in modo da escludere convenzionalmente il subentro della curatela nei contratti in corso, che potrebbero essere onerosi o pregiudizievoli per la procedura.

Passando ai *debiti* contratti dall'affittuario verso i lavoratori, a seguito della restituzione dell'azienda al fallimento, come detto, va esclusa ogni responsabilità del fallimento stante *la deroga espressa* alle norme di cui all'art. 2112, c.c., (art. 104 *bis*, ult. comma, l. fall.).

Riguardo invece alla prosecuzione del rapporto, *a seguito di retrocessione*, questa è di regola indirettamente sancita da una norma imperativa nell'interesse del lavoratore, per cui la pattuizione contraria sarebbe inopponibile al terzo<sup>25</sup>. In caso di scadenza, risoluzione del contratto di affitto, recesso dell'affittuario o comunque mancata acquisizione dell'azienda da parte di quest'ultimo, i rapporti di lavoro, per effetto della retrocessione, si ritrasferiscono al locatore-fallimento in quanto inerenti all'azienda<sup>26</sup> e poi eventualmente ad un nuovo affittuario, o all'aggiudicatario.

La fattispecie regolata dall'art. 2112, c.c., infatti, ricorre anche nell'ipotesi di restituzione dell'azienda al fallimento purchè rimangano immutati l'organizzazione dei beni aziendali e lo svolgimento della medesima attività<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Cfr. tra le altre Cass., 26 febbraio 1994, n. 1975, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 255; sull'opportunità della previsione di clausole di salvaguardia per la procedura, cfr. P. LICCARDO, *op. cit.*, p. 662, n. 6.

<sup>25</sup> Così giustamente L. PANZANI, *Affitto d'azienda cit.*, p. 925. Sul punto anche R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano 1993, p. 45 s. In una fattispecie concreta la Cassazione ha escluso il subentro in virtù di accordi intervenuti tra le parti (cfr. Cass. 26 febbraio 1994, n. 1975, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 255).

<sup>26</sup> Al riguardo A. MINERVINI, *Imprese cooperative e trasferimento d'azienda*, Milano, 1994, p. 18; P. LICCARDO, *Fallimento e metodologie di acquisizione dell'azienda affittata*, cit., p. 663.

<sup>27</sup> Cass. 7 luglio 1992, n. 8252, cit., p. 70 s. e in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 589 con nota di A. ANGELINI, *Sostituzione dell'affittuario di beni aziendali: il concedente è sempre responsabile ex art. 2112, cod. civ.*; Cass. 19 agosto 1991, n. 8907, in *Riv. giur. lav.*, 1992, p. 502 con nota di M. MC BRITTON. Si è in particolare osservato che la fattispecie del trasferimento d'azienda regolata dall'art. 2112 c.c. ricorre anche nell'ipotesi di restituzione dell'azienda dall'affittuario della stessa al suo concedente, purchè quest'ultimo utilizzi i beni in funzione dell'attività di cui gli stessi sono strumento; la disciplina prevista da detta norma trova pertanto applicazione - ove rimanga immutata l'organizzazione dei beni aziendali, con lo svolgimento della medesima attività - qualora il concedente, anzichè proseguire direttamente l'attività già in precedenza esercitata dall'affittuario, sostituisca a questi senza soluzione di continuità un altro soggetto nella stessa posizione, configurandosi in tal caso un'indiretta utilizzazione del complesso aziendale da parte

Non può essere perciò condivisa la tesi di chi in passato ha sostenuto che i rapporti di lavoro non potrebbero essere ritrasmessi alla curatela, in quanto nell'ipotesi di retrocessione funzionerebbe la deroga, visto che altrimenti la procedura dovrebbe procedere al licenziamento dei dipendenti con conseguente responsabilità per l'erogazione dell'indennità di preavviso e diverrebbe comunque solidalmente responsabile per i debiti, per retribuzioni maturate in costanza di affitto e per trattamento di fine rapporto <sup>28</sup>. In realtà, a parte il fatto che adesso la novella esclude espressamente ogni ipotesi di accollo dei debiti, il diritto al mantenimento del rapporto di lavoro (anche a seguito del trasferimento dell'azienda) espressamente affermato dall'art. 2112 c.c., ha natura pubblicistica e tende a prevalere sull'interesse, anch'esso pubblicistico, dei creditori <sup>29</sup>. Inoltre, vero è che il subentro della procedura potrebbe potenzialmente danneggiare la massa, tuttavia il curatore in concreto dispone di strumenti che impediscono la maturazione di oneri passivi. Infatti, quale successore nel rapporto di lavoro dipendente, potrà provvedere a seconda dei casi a richiedere l'intervento di integrazione salariale straordinaria, a collocare in mobilità il personale eccedente rispetto

---

del concedente a mezzo dell'affittuario - nella fattispecie, in attuazione del disposto dell'art. 2112 c.c., il pretore, mentre ha affermato l'esistenza di una responsabilità solidale tra il precedente affittuario, il concedente e il nuovo affittuario per i crediti maturati dai lavoratori alle dipendenze del primo affittuario, ha ordinato al nuovo affittuario la reintegrazione dei lavoratori nel loro posto di lavoro sul rilievo della continuazione con tale soggetto del rapporto di lavoro intercorso con il precedente affittuario (Pret. Siracusa, 7 agosto 1995, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1996, p. 447). E ciò ancorchè l'obbligazione retributiva dell'affittuario non risulti dalle scritture contabili, posto che, ai sensi dell'art. 2112 c.c., l'obbligazione solidale sorge per il solo fatto del trasferimento dell'azienda (Pret. Milano, 30 aprile 1997, in *Lavoro nella Giur.*, 1997, p. 768, in *Orient. Giur. Lav.*, 1997, p. 416). Sul tema cfr. anche C. BONCI, *Ritorno dell'azienda al locatore: successione ope legis nei rapporti di lavoro e intervento dell'affittuario nel procedimento d'urgenza*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, p. 254.

<sup>28</sup> A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nelle procedure concorsuali*, Padova, 1994, p. 40, il quale evidenzia il pericolo che tali oneri gravino sulla massa a prescindere dalla questione se i crediti sorti successivamente all'apertura della procedura, debbano o meno essere considerati prededucibili. Per M. GUERNELLI, *La cessione di azienda nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1997, I, p. 1188, invece, in caso di cessazione del rapporto di affitto in corso di procedura con soluzione di continuità rispetto ad una successiva eventuale cessione, il fallimento non risponde dei debiti neppure di lavoro, stipulati dall'affittuario e inerenti l'esercizio dell'impresa, in quanto non si verifica la sostituzione di un imprenditore con un altro, neppure a ritroso. Il terzo acquirente subentra nei contratti in corso dell'affittuario solo qualora vi sia passaggio diretto tra l'una gestione e l'altra.

<sup>29</sup> Secondo L. PANZANI, *Affitto d'azienda cit.*, p. 925, nella fattispecie non v'è alcuna norma o principio che consenta di risolvere il conflitto di interessi a favore dei creditori. Il legislatore ha inteso, ad esempio, incentivare, con la deroga di cui all'art. 47 della legge 428 del 1990, la circolazione endoconcorsuale per favorire la conservazione di posti di lavoro, mentre in caso di retrocessione questa motivazione di fondo non c'è, atteso che la conservazione dei posti di lavoro sarà legata esclusivamente alla possibilità di cedere o affittare l'azienda ad un nuovo imprenditore.

alla potenzialità produttiva del complesso o a licenziare, sempre previo esperimento delle eventuali procedure richieste dalle dimensioni dell'azienda.

La curatela, in tal caso, si troverebbe d'altra parte nella stessa situazione in cui normalmente versa all'apertura del fallimento laddove l'impresa ha dipendenti ancora in carico<sup>30</sup>, e quindi agirebbe in conformità con la disposizione secondo cui “*ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla Sezione IV del Capo III del Titolo II*” (art. 104 bis, ult. comma, ult. parte, l. fall.,).

### 3. Il recesso ed i rimedi alternativi

Il legislatore, come visto, dopo aver sancito la regola della continuazione del rapporto preesistente, contempla un *diritto di recesso per entrambe le parti* entro sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento corrispondendo un indennizzo *equo*, determinato nel dissenso delle parti, dal giudice delegato sentiti gli interessati. La determinazione giudiziale deve essere con ogni probabilità fatta con decreto motivato suscettibile di reclamo ex art. 26 l.fall. e successivo gravame tenuto conto che incide su diritti soggettivi<sup>31</sup>. Viceversa è ovvio che l'accordo bonario configura atto di straordinaria amministrazione (ex art. 35 l.fall.), i cui effetti incidono direttamente sulla massa attiva, e quindi il curatore dovrà essere autorizzato dal comitato dei creditori, previa informativa al giudice delegato, alla conclusione della transazione.

Il *giusto compenso* contemplato nel vecchio testo dell'art. 80 era considerato una sorta di indennizzo a favore del locatore per l'anticipata fine del contratto<sup>32</sup>. Il legislatore della riforma ha modificato il testo dell'art. 80, sostituendo alla locuzione “giusto compenso” la stessa utilizzata per il contratto di affitto di azienda, cioè “equo indennizzo” per l'anticipato recesso. Occorre chiedersi se la nuova terminologia introdotta (tanto nell'art. 80, quanto nell'art. 79) integri un concetto differente dal vecchio e se, pertanto sia utilizzabile la giurisprudenza formatasi sotto il vecchio testo

---

<sup>30</sup> In tal senso M. MASTROGIACOMO, *L'affitto d'azienda nel fallimento*, in *Fallimento*, 1996, p. 946.

<sup>31</sup> E' viceversa da escludere che la controversia fra il curatore e il terzo comporti la determinazione dell'indennizzo attraverso il procedimento di verifica dei crediti.

<sup>32</sup> Cfr. U. AZZOLINA, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, p. 1243.

dell'art. 80, l.fall.<sup>33</sup>, dovendosi quindi fare riferimento a criteri diversi dal ristoro indennitario per l'anticipata risoluzione, da parametrarsi ai margini di guadagno attesi dalla naturale prosecuzione del contratto.

Invero il legislatore all'art. 104 *bis*, comma 3, seconda parte, l. fall., prevede un diritto di recesso dall'affitto *endoconcorsuale* a favore del *solo* curatore con la corresponsione stavolta di "un *giusto* indennizzo" (che evoca come visto l'art. 42, Cost.), non rimesso in questo caso al giudice delegato.

In tutte e due le ipotesi si tratta di indennizzi, con una natura evidentemente diversa dal risarcimento dei danni, in cui la valutazione del giudice va condotta sul piano dell'*equilibrio delle prestazioni* con riferimento al margine di guadagno che la parte si riprometteva di trarre dalla esecuzione del contratto<sup>34</sup>.

Tuttavia, premesso che il *giusto* non può essere *iniquo* e che l'*equo* non può essere *ingiusto*, il riferimento terminologico (che evoca quello dell'*equo* compenso di cui all'art. 1526, c.c.<sup>35</sup>) e la previsione di una eventuale determinazione del giudice delegato, fanno ipotizzare che l'indennizzo nel caso di recesso dall'affitto *preesistente* risenta di un criterio di calcolo *equitativo* più che meramente economico e di lucro<sup>36</sup>. In ogni caso è ovvio che l'indennizzo, qualsiasi sia il criterio di determinazione, va riconosciuto in prededuzione ai sensi dell'articolo 111 n. 1, l.fall.,.

Ferma restando la disciplina di cui all'art. 79, l. fall. (già 80 *bis*), in ogni caso il contratto di affitto di azienda, incidendo negativamente sul valore del bene cui inerisce, rientra nel novero degli atti idonei, di per sé, ad alterare *in peius* la garanzia patrimoniale del debitore, ed è, pertanto, soggetto a revocatoria, in caso di successivo fallimento del locatore, qualora sussistano le altre condizioni richieste dall'art. 67, l. fall.,<sup>37</sup>.

L'azione non ha la funzione di riacquisire alla massa un bene fuoriuscito né di recuperare i redditi che l'azienda avrebbe ma ha lo scopo di far cessare il rapporto ed evitare che il contratto preesistente (a prescindere

<sup>33</sup> Cfr. Cass. 26 gennaio 1999, n. 694, in *Fallimento*, 2000, p. 70.

<sup>34</sup> Cass. 23 marzo 2001, n. 4208, in *Mass. Giur. It.*, 2001; Cass. 3 giugno 1991, n. 6237 in *Mass.* 1991; Cass., 30 ottobre 1990, n. 10520 in *Mass.*, 1990.

<sup>35</sup> Secondo Trib. Milano, 12 maggio 1986, in *Riv. it. leasing*, 1987, 490 "L'*equo* compenso, testualmente distinto dal risarcimento del danno, ha mera funzione riparatoria e non comprende quindi la rifusione del lucro cessante".

<sup>36</sup> Al riguardo Cass. 20 ottobre 1956, n. 3767, in *Monit. Trib.*, 1957, p. 617.

<sup>37</sup> Sulla revocatoria dell'affitto di azienda cfr., tra le altre, Cass., 17 gennaio 2001, n. 571, in *Fallimento*, 2001, p. 1320, con nota di RUSINENTI; Trib. Bologna 22 gennaio 1991, in *Fallimento*, 1991, p. 529; Tribunale Verona 28 febbraio 1991, in *Fallimento*, 1991, p. 1189.

dalla adeguatezza del canone) comprometta il valore di realizzo della vendita unitaria e comunque dei singoli beni aziendali <sup>38</sup>.

Nonostante la procedura abbia il diritto di recesso e gli ordinari rimedi (anche cautelari *ex art.* 670 e 700, c.p.c.) quali le azioni revocatorie, di simulazione, di nullità dei contratti di affitto stipulati dal fallito, nella pratica è evidente che una situazione di occupazione può indurre comunque la curatela alla ricerca di accordi transattivi, nella prospettiva di una cessione comunque preferibile per la massa rispetto ad un incerto contenzioso.

Peraltro, si è osservato che l'affitto può essere attaccato anche con il rimedio speciale di cui all'art. 2923, comma 3, c.c., per effetto del quale la parte "*...non è tenuta a rispettare la locazione qualora il prezzo convenuto sia inferiore di un terzo al giusto prezzo o a quello risultante da precedenti locazioni*". L'istituto non rientra nell'alveo della revocatoria anche se svolge una funzione affine e complementare (come peraltro avviene, in fattispecie diverse, anche ad opera dell'art. 56, comma 2, l. fall., e dell'art. 524 c.c.) <sup>39</sup>: la disposizione fissa uno dei criteri di opponibilità della locazione e mira a far dichiarare l'inopponibilità dell'atto per mancanza di un requisito, come potrebbe essere la data certa. In questo contesto l'azione spetta al curatore fallimentare in quanto "la norma fissa un criterio di opponibilità del contratto, e poiché, al sopraggiungere del fallimento, l'opponibilità della locazione va accertata subito e nei confronti dell'ufficio fallimentare, piuttosto che soltanto dopo la vendita coattiva e nei confronti dell'acquirente. Pertanto, benché sia letteralmente disposto a favore dell'acquirente, al sopraggiungere del fallimento, l'art. 2923, comma 3, c.c., va applicato in capo al curatore e non in capo all'acquirente dell'azienda".

#### 4. L'opponibilità al fallimento

---

<sup>38</sup> In conseguenza della revoca, "l'affittuario deve restituire il bene al fallimento in anticipo rispetto alla scadenza pattuita, e deve corrispondere i frutti del bene. Vi è da ritenere, anzi, che è applicabile la regola fissata dall'art. 1591 c.c., per la quale il conduttore in mora è tenuto a dare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna, salvo l'obbligo di risarcire il maggior danno" (R. VIGO, *op.cit.*, p. 88).

<sup>39</sup> R. VIGO, *op. loc. ult. cit.*, (che richiama G.A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, nel *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1972, p. 138, S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, nel *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 20, Torino, 1985, p. 240), per il quale il fallimento si può avvalere della clausola che consente all'acquirente di "intimare licenza al conduttore" (art. 2923 c.c., ultimo comma). All'affittuario licenziato in forza della clausola suddetta non spetta il risarcimento del danno. Così stabilisce l'art. 1603 c.c., al quale fa rinvio l'art. 2923, ultimo comma, c.c. La legge consente, tuttavia, che sia stabilito il patto contrario.

E' ovvio che tutto quanto detto presuppone che il contratto di affitto preesistente sia opponibile alla procedura fallimentare a norma dell'art. 45, l. fall., altrimenti al curatore basterà, per sciogliersi dal vincolo contrattuale, avvalersi degli ordinari rimedi previsti in tema di inopponibilità di un atto compiuto dal fallito. Difatti l'art. 45 prevede l'inopponibilità degli atti per i quali non siano state rispettate, prima della declaratoria di fallimento, le formalità previste dalla legge per rendere opponibile detti atti ai terzi.

Al riguardo va preliminarmente osservato che l'art. 6 della legge n. 310 del 12 agosto 1993, modificò il secondo comma dell'art. 2556, c.c., sancendo che i contratti aventi per oggetto il trasferimento della proprietà di un'azienda, oppure la sua concessione in godimento, quando vengono conclusi tra imprese soggette a registrazione, devono essere depositati, in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, per l'iscrizione nel registro delle imprese<sup>40</sup>.

Al fine di ottenere l'iscrizione, quindi, i contratti traslativi devono avere i requisiti di forma. L'esecuzione della formalità pubblicitaria è affidata al notaio che ha ricevuto o autenticato l'atto e che è tenuto in via principale a richiedere nei trenta giorni l'iscrizione, salva legittimazione secondaria e concorrente delle parti interessate col suo consenso<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Già prima l'art. 2556, comma 3, c.c., prevedeva per le imprese soggette a registrazione, e cioè per imprenditori commerciali non piccoli e società, l'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese dei contratti aventi per oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda. Tuttavia la norma era *tamquam non esset*, stante la mancata attuazione del registro delle imprese con tutte le conseguenze e le distorsioni del caso. Ad esempio nel caso di affitto o usufrutto di azienda, l'assenza di pubblicità collegata all'obbligo del nuovo titolare di esercitarla sotto la ditta del dante causa, per ragioni di conservazione dell'avviamento, aveva addirittura portato una certa giurisprudenza a ritenere che il proprietario dell'azienda fosse responsabile per le obbligazioni assunte dall'affittuario o dall'usufruttuario (cfr. App. Napoli, 9 luglio 1953, in *Riv. cir. comm.*, 1954, II, p. 351, con nota di A. PAVONE LA ROSA, *Affitto di azienda e responsabilità per le obbligazioni contratte dall'affittuario nell'esercizio dell'impresa*).

<sup>41</sup> Qualora l'iscrizione non venga richiesta, oppure venga eseguita tardivamente, il notaio andrà assoggettato non solo alle sanzioni, ora depenalizzate, di cui all'art. 2194, c.c., ma potrà anche essere ritenuto responsabile sul piano civile. Il notaio è chiamato a garantire non solo la legalità e l'autenticità del contratto, ma anche l'adempimento di quelle formalità pubblicitarie che rendono conoscibili e quindi trasparenti i contratti stessi, ivi compresa la comunicazione alla Questura competente per territorio dei dati relativi alle parti contraenti o loro rappresentanti, all'individuazione dell'esercizio e al prezzo della cessione. Peraltro secondo la migliore dottrina, anche a seguito della legge 310 del 1993, la forma notarile si palesa solo relativamente necessaria: l'intervento del notaio come pure la stessa sussistenza dell'obbligo di un notaio, non può essere considerato requisito veramente costante e imprescindibile della fattispecie. E la Suprema Corte ha, d'altra parte, rilevato che a norma dell'art. 2556, c.c., è da escludere che per il trasferimento di un'azienda mobiliare sia richiesta la prova scritta a pena di nullità (Cass. civ., 4 giugno 1997, n. 4986).

La forma da osservare per la circolazione dei beni immobili e mobili registrati facenti parte dell'azienda, viene dunque a coincidere con quella richiesta per conseguire l'iscrizione nel registro delle imprese di qualsiasi contratto sull'azienda, anche se costituita di soli beni mobili. Anche se tale coincidenza non comporta che la forma richiesta per l'iscrizione sia *ad substantiam* o meglio lo sarà solo nei casi in cui essa è prescritta anche per la circolazione dei singoli beni.

Pertanto, il contratto di trasferimento concluso in forma di semplice scrittura privata sarà comunque valido tra le parti, mentre risulterà *inopponibile ai terzi*. Ciò anche perché l'ufficio del registro delle imprese rifiuterà l'iscrizione di atti stipulati senza le forme richieste. Secondo il migliore orientamento la necessità dell'iscrizione nasce per effetto della mera conclusione dell'atto traslativo, fissandosi il relativo obbligo in capo alle parti e la mancata iscrizione determina l'applicazione nei loro confronti della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 2194, c.c., mentre la forma notarile vale a costituire l'obbligo del notaio di procedere all'iscrizione<sup>42</sup>.

C'è da chiedersi se l'efficacia dell'iscrizione della vicenda circolatoria dell'azienda e, quindi, l'opponibilità dell'atto di trasferimento al terzo può avere come conseguenza giuridica la inopponibilità, per converso, al soggetto che ha iscritto per primo, di un successivo atto traslativo<sup>43</sup>. La questione si pone in quanto l'art. 2556, c.c., non disciplina il criterio di soluzione dei conflitti<sup>44</sup>. Ci pare che sia corretto ritenere, con la migliore dottrina, che, per ragioni di sicurezza del traffico commerciale che il registro delle imprese tende a soddisfare come strumento di trasparenza e informazione del mercato, l'efficacia dichiarativa della iscrizione del primo atto di trasferimento dell'azienda, sia sufficiente a risolvere eventuali conflitti tra il primo atto traslativo e gli altri atti successivi della stessa azienda<sup>45</sup>.

Tuttavia, riteniamo che ciò non valga per il trasferimento, in proprietà o godimento, di quei beni aziendali per cui è richiesta una forma particolare

---

<sup>42</sup> A.A. DOLMETTA, *Sulla forma notarile della cessione di azienda*, in Aa.Vv., *Cessione ed affitto d'azienda alla luce della più recente normativa*, Milano, 1995, p. 74.

<sup>43</sup> In realtà si tratta di un problema che riguarda tutti i casi in cui l'iscrizione nel registro delle imprese ha ad oggetto non una vicenda organizzatoria del soggetto, tenuto all'obbligo di pubblicità, ma una vicenda circolatoria dei beni, come il trasferimento di una quota sociale.

<sup>44</sup> A differenza di quanto accade per l'art. 2564, c.c., che detta espressamente il criterio di soluzione di un conflitto tra ditte omonime.

<sup>45</sup> Così E. BOCCHINI, *Manuale del Registro delle Imprese*, Padova, 1999, p. 108; nello stesso senso A. CERRAI, *La trasparenza nelle cessioni di aziende e nei trasferimenti di partecipazioni sociali*, in *Guida Normativa, dossier mensile*, 1996. *Contra*: P. Spada, *La legge Mancino e la circolazione della ricchezza imprenditoriale: forma degli atti e funzioni di polizia*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, p. 287.

(problema speculare all'opponibilità al fallimento). In tal caso va applicata la legge di circolazione dei singoli beni secondo la loro natura giuridica risolvendosi il conflitto tra acquirenti secondo la priorità della pubblicità richiesta per le singole fattispecie<sup>46</sup>.

Non è infatti ipotizzabile che l'iscrizione nel registro delle imprese possa prevalere o sostituire la trascrizione nel trasferimento della proprietà o del godimento ultranovennale di un immobile. Quindi non si tratta di un problema di applicazione della legge di circolazione dei singoli beni, ma di un problema di corretta applicazione dei regimi pubblicitari vigenti. Vero è che questa impostazione, talvolta, non è in grado di per sé di risolvere i conflitti, tuttavia se si parte dal presupposto che la *res* azienda è un bene diverso dalle sue singole componenti materiali ed immateriali, e che per l'esercizio dell'attività economica non occorre la titolarità dei beni e rapporti costituenti il complesso ma la mera legittima disponibilità, allora si comprende che la iscrizione nel registro delle imprese può avere una efficacia dirimente<sup>47</sup>.

D'altra parte non a caso l'art. 2559, comma 1, c.c., sancisce che la cessione dei crediti relativi all'azienda ceduta, anche in mancanza di notifica al debitore o di sua accettazione, ha effetto nei confronti dei terzi al momento dell'iscrizione dell'atto traslativo nel registro delle imprese. Non può essere al contrario condivisa l'impostazione di chi ritiene che la pubblicità commerciale non possa sostituire alcuno degli indici di appartenenza delle componenti aziendali (ivi compreso il possesso per i beni mobili) in quanto sarebbe contraria alle sue finalità istituzionali<sup>48</sup>.

In ogni caso, mentre nell'esecuzione individuale si prescinde dall'esistenza di diritti personali di godimento sul bene, in quanto tali diritti in nessun modo impediscono che il bene venga pignorato e alienato coattivamente, nel fallimento c'è lo spossessamento immediato del debitore ed occorre stabilire quando il rapporto sia opponibile.

---

<sup>46</sup> Una certa dottrina invece ritiene applicabile questa soluzione anche a tutti gli altri beni, ed in particolare rileva che per i beni mobili vale il conseguimento del possesso (F. LAURINI, *Disciplina dei trasferimenti di quote di s.r.l. e delle cessioni di azienda*, in *Riv. Soc.*, 1993, p. 969).

<sup>47</sup> Mi permetto al riguardo di rinviare a F. FIMMANÒ, *La pubblicità degli atti traslativi dell'azienda*, in *Il Registro Europeo delle Imprese – European Companies Registry* a cura di E. Bocchini, Padova, 2003 n. 1, p. 125 s.

<sup>48</sup> In tal senso A. PAVONE LA ROSA, *Il Registro delle Imprese*, Torino, 2001, p. 122 s. Anche se l'autorevole dottrina riconosce poi in sostanza che il vero problema si pone per gli immobili, in quanto se dovesse prevalere la pubblicità attuata col registro delle imprese verrebbe gravemente svalutato il ruolo della pubblicità immobiliare, in quanto questa non sarebbe più in grado di assolvere alla funzione che le è propria tutte le volte che un bene immobile, mutuandone la destinazione (ad es. da uso abitativo a deposito merci) venga immesso in un complesso aziendale.

A tal fine non soccorre la pubblicità commerciale che, come visto, non è sempre in grado di risolvere il conflitto fra l'affittuario e l'aggiudicatario o l'acquirente dei beni aziendali. Sono viceversa applicabili i criteri che regolano l'opponibilità della locazione di ciascuno di quei beni, secondo quanto stabilisce l'art. 2923 c.c.: l'affittuario può "opporre il suo diritto di godimento sul bene trasferito coattivamente se, trattandosi di un mobile, l'affitto ha data certa anteriore al pignoramento; se, trattandosi di un immobile, l'affitto avente durata ultranovennale è stato tempestivamente trascritto nei registri immobiliari; alla tempestiva trascrizione è subordinato anche l'acquisto di un diritto personale di godimento su un marchio"<sup>49</sup>.

Riguardo alle obbligazioni che l'affittuario assume spendendo la ditta del locatore queste gravano soltanto sullo stesso purchè l'affitto (od almeno la cessazione dell'impresa del locatore) sia stato iscritto nel registro delle imprese. Altrimenti, ferma restando la responsabilità dell'affittuario, questi crediti concorrono nel fallimento, in quanto il fallimento, salva l'azione di regresso verso l'affittuario, non può eccepire la stipulazione del contratto di affitto non iscritto<sup>50</sup>.

Problema collaterale è poi quello che si pone nel caso in cui l'azienda affittata dal fallito non comprenda immobili, e vi sia la responsabilità del fallimento del conduttore nei confronti del locatore *ex art. 36, legge 392 del 1978* (che aveva ceduto il contratto di locazione insieme all'affitto); in tale eventualità l'impossibilità di sciogliersi dal contratto di locazione e liberare i locali, a causa della persistente occupazione dell'affittuario di azienda, comporta il maturare di onerosi crediti prededucibili che possono costringere il curatore a transazioni non sempre vantaggiose per la massa; così come anche in assenza di un affittuario, l'onere della locazione può in concreto superare, con il decorso del tempo e il mancato reperimento immediato di un acquirente, il vantaggio dell'esistenza di una licenza collegata all'esercizio e il valore di un avviamento effettivamente esistente, costringendo alla dispersione i beni aziendali<sup>51</sup>.

## 5. Prelazione legale e prelazione convenzionale all'acquisto

---

<sup>49</sup> R. VIGO, *op. loc. ult. cit.*,

<sup>50</sup> R. VIGO, *op. loc. ult. cit.*, evidenza che "per contro è possibile eccepire che il creditore aveva conoscenza dell'affitto dell'azienda, benché il contratto non sia stato pubblicato nel registro delle imprese".

<sup>51</sup> M. GUERNELLI, *La cessione di azienda nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1997, I, p. 1183.

Un'ultima riflessione merita la questione dell'eventuale riconoscimento del diritto di prelazione, legale<sup>52</sup> o convenzionale<sup>53</sup>, all'acquisto dell'azienda al titolare di un contratto di affitto preesistente al fallimento.

Prima della riforma si doveva ritenere che qualora il diritto di prelazione fosse stato *convenzionalmente* riconosciuto all'affittuario dal conduttore poi fallito, il curatore aveva la possibilità di sciogliere il fallimento dal vincolo fino a quando il negozio non fosse stato concluso<sup>54</sup>. Qualora, invece il prelazionario avesse già comunicato prima del fallimento, mediante notifica o comunque con atto di data certa, la sua volontà di acquistare l'azienda, si configurava un rapporto opponibile al fallimento, anche se revocabile sussistendone le condizioni, in quanto lesivo degli interessi della *par condicio creditorum*.

Quanto alla prelazione legale, qualcuno affermava invece che "le norme di cui all'art. 3, comma 4, legge 223 del 1991 e all'art. 14 n. 1, legge 49 del 1985, potrebbero aver riprodotto una situazione del tutto transitoria nel senso che il diritto di prelazione deve essere concesso e può essere esercitato *subito*, all'interno delle procedure già aperte e non ancora concluse, al prezzo che, allo stato, risulta determinato dalla successione delle gare esperite per aziende che siano ancora nella disponibilità degli organi della procedura.... per il futuro, quando cioè questi diritti avranno esaurito la

---

<sup>52</sup> Già prima della riforma erano riconosciute prelazioni legali per gli affittuari di *aziende in crisi socialmente rilevanti* (con più di 15 lavoratori dipendenti) e aziende gestite da cooperative di lavoratori dipendenti. In questi casi è riconosciuto all'affittuario un diritto di prelazione nella vendita coattiva (art. 3 comma 4, l. 223 del 1991 ed art. 14, l. 49 del 1985; art. 3 comma 6, l. n. 67 del 1987 relativa all'acquisto di testate giornalistiche) in quanto la legge ha creato una situazione di privilegio per soggetti dotati di peculiari requisiti di meritevolezza, in presenza di una serie di condizioni.

<sup>53</sup> "Il diritto di prelazione a favore dell'affittuario può essere concesso convenzionalmente, previa espressa autorizzazione del giudice delegato e previo parere favorevole del comitato dei creditori. In tal caso, esaurito il procedimento di determinazione del prezzo di vendita dell'azienda, o del singolo ramo, il curatore, entro dieci giorni, lo comunica all'affittuario, il quale può esercitare il diritto di prelazione entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione" (art. 104 bis, comma 5, l. fall.).

<sup>54</sup> Lo stesso problema si pone per tutte le clausole strutturalmente incompatibili con la procedura fallimentare, quali il patto di temporanea inalienabilità, l'opzione di vendita ovvero la clausola compromissoria (al riguardo G. BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Fallimento*, 1993, p. 477). L'opzione di vendita vanifica il sistema di individuazione dell'acquirente, come definito dagli artt. 105 ss.; il patto di inalienabilità contrasta con il principio di urgenza che anima la procedura nella sua fase liquidatoria. Il rimedio consisterà nello scioglimento ed eventuale conclusione del contratto laddove si privilegi l'opzione *ex art. 72, l. fall.*, ovvero nell'accertamento dell'inefficacia parziale delle sole clausole incompatibili, se non tali da far cadere l'intero negozio (cfr. P. LICCARDO, *op. cit.*, p. 668; M. GUERNELLI, *op. cit.*, p. 1187).

loro funzione transitoria, la qualità e lo *status* di affittuario (problematicamente, anche di gestore) deve *preesistere* all'apertura della procedura concorsuale; ciò è a dire che l'affittuario deve avere già assunto la sua posizione contrattuale prima che l'imprenditore, nel corso del contratto, sia fatto entrare ovvero entri da solo nella gabbia del dissesto. Se così non fosse non sarebbe ipotizzabile un affitto che, anche per via dell'esercizio della continuazione dell'impresa, fosse rivestito del diritto di prelazione di cui stiamo discutendo ed al quale, in tal caso, bisognerebbe dare un corrispettivo autonomo, con tutto quel che segue in sede formale (autorizzazione, gara, etc.) ed in sede sostanziale (stima, valutazione) trattandosi ovviamente di un atto di disposizione avente un oggetto incidente sulla proprietà, distinto e separato dal mero godimento, o dalla gestione”<sup>55</sup>.

In realtà questa soluzione finiva con l'attribuire al soggetto fallendo il potere di scegliersi liberamente il proprio successore, reale o fittizio, impedendo agli organi della procedura di poter minimamente incidere sulla vicenda, salvo recesso indennizzato dal rapporto. E le distorsioni che situazioni del genere avrebbero potuto creare, avallando in pratica forme di operazioni speculative premeditate, possono agevolmente essere immaginate<sup>56</sup>. Il legislatore ha inteso, con le prelazioni, evidentemente incentivare

---

<sup>55</sup> Questa era la posizione isolata ed inadeguatamente motivata di D. DI GRAVIO, *Il diritto di prelazione dell'affittuario nella legge*, cit., in *Dir. fall.*, 1993, I, p. 215; ID., *La prelazione degli affittuari nelle vendite fallimentari*, *ibidem*, I, p. 908 s. Per A. CAIAFA, *La vendita dell'azienda all'affittuario*, in *Dir. lav.*, 1993, p. 434; ID., *L'affitto d'azienda e i rapporti di lavoro*, in *Dir. fall.*, 1993, p. 627, invece, il diritto di prelazione sussisterebbe sia in caso di affitto concesso dagli organi della procedura, sia nell'ipotesi di preesistenza del rapporto stesso, fermo restando la possibilità, per gli organi concorsuali, apertasi la procedura, di subentrare, o meno, nel contratto di affitto in relazione a quanto previsto dall'art. 72 l. fall., o di chiederne la revoca laddove lo ritengano lesivo degli interessi della *par condicio creditorum*, perchè concluso ad un prezzo, evidentemente sproporzionato. Ciò varrebbe anche nell'ipotesi di contratto stipulato nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in quanto dovrebbe essere sempre il giudice delegato ad autorizzare la proposizione dell'azione per la pronuncia di inefficacia del negozio, dal momento che se il contratto è stato concluso ad un prezzo equo possiede, sostanzialmente la qualità di conservare i valori dell'azienda ed, al tempo stesso, consente di preservare intatto l'interesse primario della massa dei creditori.

<sup>56</sup> Ed in verità di distorsioni in passato se ne sono viste: un certo orientamento giurisprudenziale ha persino ammesso che il curatore affittasse l'azienda ad un imprenditore che a sua volta avrebbe affidato, sotto la sua responsabilità, la gestione materiale al fallito, che ritornato *in bonis*, a seguito di un concordato fallimentare, avrebbe recuperato la sua azienda senza che ci fossero stati i danni normalmente provocati dall'interruzione dell'attività. Ed in tal caso si è addirittura ritenuto valido, anche se inopponibile alla massa, il patto con cui il fallito si impegnava a sollevare il terzo affittuario da tutte le obbligazioni assunte nella gestione (al riguardo cfr. Cass. 18 gennaio 1982 n. 324, in *Foro it.*, 1983, I, p. 2263 s.). Orbene, è abbastanza logico pensare che il contratto di assunzione del rischio da parte del fallito celasse un patto fiduciario diretto a fare del fallito il vero imprenditore anche se occulto. Come è abbastanza logico, nell'ammettere che la prelazione all'acquisto nasca anche a favore dell'affittuario *scelto* dal fallito, spesso si metterebbe in

l'affitto dopo la dichiarazione di fallimento tutelando nei limiti del possibile la posizione dell'affittuario e gli investimenti dallo stesso effettuati<sup>57</sup>.

La questione sembra definitivamente superata per il fatto che il diritto di prelazione a favore dell'affittuario, essendo regolata dalla norma che prevede l'affitto *endofallimentare* dell'azienda, si deve specificamente rivolgere esclusivamente all'imprenditore che ha ottenuto l'autorizzazione al godimento del complesso dei beni dell'impresa da parte del giudice delegato.

La prelazione, *sia legale che convenzionale*, spetta soltanto ai soggetti che hanno stipulato il contratto di affitto dell'azienda con l'autorizzazione degli organi fallimentari, previa valutazione della convenienza della continuazione dell'attività e della capacità imprenditoriale dell'affittuario<sup>58</sup>, e non a quelli che l'abbiano stipulato con il debitore, prima della dichiarazione di fallimento.

Questa conclusione emerge dal disposto del secondo comma dell'art. 104 *bis*, l. fall., laddove sancisce che la scelta di quest'ultimo «deve tenere conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali». Inoltre la nuova norma, a differenza delle ipotesi di prelazione legale, non prevede alcun *automatismo* ma soltanto la mera "possibilità" che tale diritto sia convenzionalmente riconosciuto e previsto dallo stesso contratto di affitto.

---

condizione il fallito di affittare l'azienda ad un suo fiduciario e quindi a se stesso, consentendogli non solo la prosecuzione dell'attività ma anche il riacquisto a condizioni privilegiate.

<sup>57</sup> Secondo un certo orientamento (V. SPARANO, *Il trasferimento di azienda, affitto e cessione, nelle procedure concorsuali*, nota a Trib. Roma 2 aprile 1994, in *Dir. fall.* 1994, II, p. 1201) "per l'esercizio del diritto di prelazione deve già essere in atto l'affitto dell'azienda a carattere operativo in quanto la legge privilegia non l'atto, ma l'assunzione della gestione, il che significa l'effettività del subentro".

<sup>58</sup> Cfr. in tal senso già prima della riforma: F. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000, p. 167 s.; Trib. Siena 7 ottobre 1991, in *Dir. fall.*, 1991, p.993 ss. ed in *Fallimento*, 1991, p. 511 s. con nota favorevole di NALDINI; Trib. Bologna, 13 luglio 1992, citato in D. DI GRAVIO, *Il diritto di prelazione dell'affittuario nella legge 23 luglio 1991, n. 223*, in *Dir. fall.*, 1993, I, p.205; e indirettamente Trib. Aosta 7 febbraio 1994, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 892 s. Conforme in dottrina: M. MASTROGIACOMO, *Il diritto di prelazione dell'affittuario nella l. 223 del 1991*, in *Dir. fall.*, 1993, I, p.223; U. APICE, *Le procedure concorsuali e le esigenze di conservazione dell'impresa*, *ibidem*, p. 201; ID., *Modi e termini nell'esercizio del diritto di prelazione*, in *Dir. fall.*, 1993, I, p. 611; C. DE MARTINI, *La prelazione dell'affittuario di azienda nel corso delle procedure concorsuali*, *ibidem*, p. 260; A. CAIAFA, *L'impresa in crisi: esigenze di conservazione e normative comunitarie*, *ibidem*, p. 223; F. SEVERINI, *Il diritto di prelazione concorsuale dell'affittuario di azienda*, *ibidem*, p.229; ID., *Il diritto di prelazione concorsuale dell'affittuario di azienda*, in *Diritto Fallimentare*, Collana diretta da Ivo Greco, Vol. III, Milano, 1995, p. 448; D. MANENTE, *Profili della prelazione dell'affittuario nella vendita fallimentare d'azienda*, in *Foro pad.*, 1998, II, p. 2 s..

Tali considerazioni, tuttavia, non valgono ad escludere che gli organi fallimentari, in talune occasioni, possano ritenere che l'affitto stipulato prima della dichiarazione di insolvenza, per evitare la cessazione dell'attività e la conseguente dispersione dei valori aziendali, possa essere meritevole non solo di prosecuzione ed eventualmente, previo parere del comitato dei creditori, di riconoscimento della prelazione convenzionale. Nel quadro di queste garanzie il diritto di prelazione potrebbe essere riconosciuto all'affittuario scelto dal fallito sulla base di un patto *autorizzato ex post* dalla procedura.