



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di ricerca in Diritto Privato
Sezione della Scuola dottorale Internazionale "Tullio Ascarelli" di Roma
Dipartimento di Scienze giuridiche, della Società e dello Sport
Settore Scientifico Disciplinare IUS/04

L'AFFITTO D'AZIENDA NEL FALLIMENTO

IL DOTTORE
CARLO SALVATORE HAMEL

IL COORDINATORE
CH.MA PROF.SSA ROSALBA ALESSI

IL TUTOR
CH.MO PROF. RENATO MANGANO

CICLO XXVI
2016

*A mio nonno,
e a J.V.*

Mt, 5,7

<i>INTRODUZIONE</i>	1
---------------------------	---

CAPITOLO I

Fattispecie ed interessi coinvolti

1	L'impresa a seguito dell'apertura del fallimento: distribuzione del rischio e assetti di interessi.....	6
2	L'affitto d'azienda endofallimentare come strumento di riallocazione del rischio d'impresa in capo al terzo affittuario.....	10
3	Gli interessi coinvolti nell'operazione, parametri per orientare l'esegesi ed inquadramento dogmatico dell'istituto.....	12
3.1	L'interesse dei creditori: considerazioni sull'inesistenza di una categoria omogenea di creditori con riferimento a finalità e istanze sottese all'affitto dell'azienda del fallito.....	18
3.1.1	(segue): il rilievo, per una lettura sistematica dell'istituto dell'affitto endofallimentare, della tutela generale del ceto creditorio come obiettivo primario della procedura.....	30
3.1.2	(segue) il riferimento testuale alla funzionalizzazione dell'affitto "alla più proficua vendita dell'azienda"; la tutela dei creditori come <i>ratio</i> (unica?) della preferenza per le cessioni in blocco.....	37
3.1.3	(segue) interrogativi sui limiti in cui tale dato letterale costituisca un vincolo per gli organi della procedura nella decisione in ordine all'affitto.....	41
3.2	L'interesse alla conservazione dell'azienda ancora vitale come obiettivo dell'affitto: cenni sulla nozione giuridica d'azienda e sulla qualificazione delle relative vicende circolatorie ai fini della considerazione unitaria del fenomeno.....	45
3.2.1	L'interesse alla conservazione dell'azienda ancora vitale come obiettivo dell'affitto: limiti in cui tale interesse coincide con quello del ceto creditorio e spazi di autonoma rilevanza.....	53
3.3	L'interesse dei lavoratori: cenni alle tutele riconosciute in caso di trasferimento d'azienda nel corso di procedura concorsuali.....	65
3.3.1	(segue) il riferimento alla tutela occupazionale come criterio per la selezione del contraente e la sua portata esegetica.....	74
3.3.2	(segue) il diverso atteggiarsi dell'istituto dell'affitto endofallimentare di cui all'art. 104-bis l. fall. rispetto all'affitto dell'azienda socialmente rilevante di cui alla l. 223/1991.....	82
3.4	Interrogativi circa un'eventuale rilevanza di istanze di tutela del fallito in relazione all'affitto endofallimentare.....	88
4	Considerazioni in ordine ai possibili rischi dell'operazione: la gestione imprenditoriale demandata al terzo affittuario.....	91
4.1	I correttivi legislativi a tali rischi; incidenza dell'appartenenza dell'azienda alla massa attiva fallimentare come possibile limite nelle scelte gestionali dell'affittuario.....	96

5	I rapporti tra affitto d'azienda ed esercizio provvisorio, continuazione dell'impresa e responsabilità.....	101
5.1	Le finalità dei due istituti e l'ipotesi di inquadramento tra le forme di gestione provvisoria dell'impresa del fallito.....	109
5.2	Dubbi sui criteri per orientare la scelta degli organi della procedura tra continuazione dell'impresa da parte del curatore e concessione in godimento al terzo.....	115
6	L'affitto d'azienda nel quadro della liquidazione dell'attivo fallimentare, come strumento per la conservazione del complesso aziendale.....	118
7	Posizione delle questioni in merito a finalità alternative dell'affitto: ipotesi su una funzione in sé liquidatoria.....	120
8	Posizione delle questioni in merito a finalità alternative dell'affitto: la concessione in godimento dell'azienda a terzi potrebbe costituire strumento per agevolare il finanziamento dell'impresa.....	124
9	Affitto d'azienda e altre procedure concorsuali. Cenni.....	129

CAPITOLO II

Il momento contrattuale dell'affitto endofallimentare

1	Il momento contrattuale dell'affitto d'azienda endofallimentare: autonomia negoziale e limiti pubblicistici.....	137
2	Il contratto endofallimentare e quello preesistente al fallimento, analogie e differenze di <i>ratio</i> e disciplina del rapporto.....	139
3	L'affitto endofallimentare stipulato prima della redazione del programma di liquidazione e quello disposto come misura del programma; interrogativi circa la possibilità di una differente disciplina.....	146
4	Aspetti procedurali in ordine alla decisione dell'affitto: il contenuto minimo della proposta del curatore.....	153
4.1	La decisione in ordine all'affitto come atto del curatore o del giudice delegato. Problemi in ordine ai rimedi impugnatori avverso la decisione.....	155
4.2	Il parere del comitato dei creditori prima dell'approvazione del programma di liquidazione o sul programma. Il rilievo dell'interesse dei creditori.....	157
4.2.1	(segue): questioni in merito alla mancata costituzione del comitato dei creditori: possibilità di sostituzione da parte del giudice delegato <i>ex art. 41 l. fall.</i> . Ammissibilità.....	161
5	Il procedimento di selezione del contraente: i criteri che il curatore dovrà seguire per la scelta dell'affittuario.....	164
5.1	Il criterio dell'ammontare del canone offerto: la convenienza economica dell'operazione in termini di incremento della massa attiva come parametro per la procedura competitiva di scelta dell'affittuario.....	171
5.2	Il criterio delle garanzie prestate, <i>ratio</i> della previsione in rapporto ai diversi interessi coinvolti nell'operazione.....	174

5.3	Il piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali; necessaria presentazione in sede di offerta, struttura e valutazione.....	177
5.4	Il rilievo del criterio della tutela occupazionale, lo spazio riservato agli interessi dei lavoratori alla conservazione del rapporto di lavoro nell'ambito dell'affitto endofallimentare. Rilievo sistematico della previsione.....	179
6	La necessità di una gara per la selezione del terzo contraente: il rinvio alle modalità di cui all'art. 107 l. fall. Le forme di pubblicità. La stima.....	181
7	La stipulazione del contratto: questioni in merito alla forma.....	186
8	Il contenuto tipico del contratto d'affitto; le ragioni che hanno spinto il legislatore a comprimere l'autonomia negoziale per prevedere clausole legali; inderogabilità delle clausole tipiche; conseguenze sul piano della validità del contratto in caso di mancata previsione delle clausole tipiche.....	188
8.1	Il diritto del curatore di procedere alla ispezione dell'azienda come clausola contrattuale; finalizzazione dell'ispezione al solo eventuale esercizio del diritto di recesso o possibilità di interventi correttivi sulla gestione dell'azienda da parte degli organi della procedura.....	192
8.2	La prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge.....	194
8.2.1	(segue) conseguenze in caso di mancata prestazione delle garanzie promesse.....	195
8.3	Il diritto di recesso del curatore dal contratto; procedimento; natura del diritto di recesso; condizioni.....	197
8.3.1	(segue) il giusto indennizzo da corrispondere in caso di recesso del curatore, natura e quantificazione.	200
9	Possibili esempi di clausole atipiche; compatibilità e incompatibilità di determinate clausole con la disciplina legale.....	203
10	La durata del rapporto contrattuale; il riferimento alla compatibilità con le esigenze della liquidazione dei "beni".....	207
11	Effetti del contratto: la sorte dei rapporti pendenti al momento della disposizione dell'affitto.....	208
12	Effetti del contratto: la sorte dei crediti e debiti aziendali.....	218
12.1	(segue) le clausole di accollo dei debiti e la disciplina di cui all'art. 105, ult. comma l. fall.: applicabilità anche al caso dell'affitto?.....	224
13	Effetti del contratto: possibilità di ipotizzare un obbligo di non concorrenza a carico dell'ufficio fallimentare o del fallito.....	227
14	Effetti del contratto: problemi in merito alla ditta.....	231

CAPITOLO III

La prelazione dell'affittuario

1	Il significato dell'attribuzione di un diritto di prelazione all'affittuario nell'ambito dell'operazione: l'ancoraggio alla futura vendita del complesso aziendale e il ripristino del rapporto tra gestione e rischio tipico dell'impresa <i>in bonis</i>	237
2	Le differenze di sistema tra la prelazione legale sull'azienda "socialmente rilevante", di cui all'art. 3, della legge n. 223/1991, e la prelazione convenzionale di cui all'art. 104-bis, co. 5, l. fall.....	250
3	L'introduzione della clausola di prelazione in seno al contratto d'affitto. Il procedimento autorizzatorio.....	257
3.1	Le modalità di esercizio del diritto di prelazione: la determinazione del prezzo di vendita, la <i>denuntiatio</i> , l'esercizio della prelazione. Limiti oggettivi e soggettivi del patto di preferenza.....	261
4	La tutela dell'affittuario in caso di violazione della clausola di prelazione.....	273
5	Il diritto di prelazione dell'affittuario, nel contratto d'affitto pregresso.....	283

CAPITOLO IV

La retrocessione dell'azienda

1	La conclusione del rapporto contrattuale; la retrocessione dell'azienda alla procedura nel caso in cui non si pervenga alla vendita.....	287
2	La disciplina generale in materia di retrocessione d'azienda al termine del contratto d'affitto, nel caso di impresa <i>in bonis</i> : problematiche in ordine a variazione delle consistenze, rapporti contrattuali e debiti.....	290
3	Le soluzioni elaborate dalla dottrina in ordine al momento della retrocessione nel vigore del testo originario della legge fallimentare: sorte dei rapporti pendenti e delle passività assunte dall'affittuario.....	297
4	Questioni su cui l'art. 104-bis l. fall. non prende posizione: in merito alla variazione delle consistenze e all'obbligo di non concorrenza.....	300
5	La responsabilità per i debiti sorti nel corso dell'esercizio dell'impresa da parte dell'affittuario. Il rilievo sistematico dell'esclusione della responsabilità della procedura. L'affitto endofallimentare come strumento di riallocazione del rischio d'impresa.....	304
5.1	L'espressa esclusione della responsabilità per i debiti da "retribuzione".....	307
6	La sorte dei rapporti contrattuali pendenti al momento della retrocessione dell'azienda. Applicabilità degli artt. 72 ss. l. fall. anche ai contratti su cui il curatore si	

era già pronunciato prima dell'affitto o solo a quelli instaurati <i>ex novo</i> dall'affittuario.....	310
6.1 Il significato del rinvio alle disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del titolo II della l. fall. Conseguenze in caso di scelta per lo scioglimento del contratto da parte della curatela: estinzione del rapporto o continuazione in capo all'affittuario. Riconoscimento di un diritto di recesso al terzo contraente <i>ex art. 2558 c.c.</i> , in caso di subentro della Curatela.....	323
6.2 La sorte dei rapporti di lavoro in caso di retrocessione dell'azienda. Rapporto tra esclusione della responsabilità del fallimento per i debiti da lavoro e sorte dei rapporti di lavoro pendenti. Questioni in ordine all'applicabilità dell'art. 3, co. 1, l. n. 223/1990.....	327
7 La retrocessione dell'azienda in caso di revoca o di chiusura del fallimento.....	330
8 La cessione dell'azienda all'acquirente, in caso di cessazione dell'affitto successiva alla vendita.....	333
9 Il fallimento dell'affittuario.....	336
 <i>BIBLIOGRAFIA</i>	 341
 <i>INDICE DELLA GIURISPRUDENZA</i>	 363

INTRODUZIONE

La proposta esegetica del presente lavoro si articola su due livelli.

Sul primo livello, l'istituto dell'affitto endofallimentare è considerato alla luce delle problematiche in materia di "controllo" e "proprietà" dell'impresa in crisi, prendendo le mosse dall'assunto per cui, con l'emergere dello stato di insolvenza, verrebbe alterato il fisiologico rapporto potere gestorio/assunzione del rischio che caratterizza l'impresa *in bonis*, come giustificazione della spettanza della gestione imprenditoriale in capo al soggetto che nell'attività ha investito, e che dunque assume il rischio di perdere il proprio capitale. L'insolvenza determina la migrazione del rischio di impresa, in caso di continuazione dell'attività, in capo ai creditori, che corrono il pericolo di veder diminuita la garanzia patrimoniale rappresentata dal patrimonio del debitore, per le perdite eventuali in corso di esercizio, a fronte del mantenimento dei poteri gestori in capo all'imprenditore.

Se, da un lato, la prosecuzione dell'impresa del debitore insolvente determina il gravare del *business risk* sul ceto creditorio, piuttosto che, come avviene nella situazione fisiologica dell'impresa solvibile, sull'imprenditore, non può neppure affermarsi che l'interruzione improvvisa dell'attività sia situazione senz'altro vantaggiosa per i creditori dell'impresa insolvente. I creditori, infatti, rischiano di veder deprimere il valore del patrimonio del debitore, per la dispersione di *asset* ancora positivi del compendio aziendale, connessi indissolubilmente alla continuazione dell'impresa

Qui si dipanano i due corni del bivio, a corredo del primo stadio della presente analisi: prosecuzione dell'impresa, e assunzione del relativo rischio da parte dei creditori, o interruzione, e dispersione del valore dell'apparato produttivo.

Sul secondo livello, invece, la riflessione si concentra sul mutato assetto della liquidazione fallimentare, alla luce della riforma. Il quadro è variato e si assiste a una valorizzazione della dimensione dinamica dei beni oggetto della massa attiva da liquidare- nella loro considerazione "in blocco"- con particolare riferimento alla *res* azienda e al sorgere della necessità di una fase gestionale, parte integrante del procedimento liquidatorio.

Senza esercizio dell'impresa non può darsi conservazione dell'azienda, per cui l'attività imprenditoriale entra a far parte a pieno diritto della liquidazione fallimentare. La *liquidazione* dei beni della massa implica sempre, cioè al tempo stesso, *amministrazione* di tali beni e, per il bene azienda, *continuazione dell'impresa*: in questa logica sono concepiti e affiancati come alternative per gli organi della procedura l'affitto dell'azienda e l'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito.

Sui due livelli di analisi menzionati trova possibile collocazione l'affitto endofallimentare d'azienda, noto alla prassi fallimentare già nel vigore del testo previgente, ma positivamente riconosciuto solo con la riforma della legge fallimentare, che ha introdotto la disciplina di cui all'art. 104-*bis*, l. fall.

Per un verso, infatti, l'affitto dell'azienda del fallito consente la continuazione dell'attività del debitore, mentre esonera i creditori dal rischio di impresa, che graverà sul terzo affittuario. La concessione dell'azienda del fallito a un soggetto terzo, unico ad acquistare la qualità di imprenditore, nel momento in cui destini l'azienda affittata all'esercizio dell'attività, per la quale è funzionalmente organizzata, istaura per la procedura una situazione statica di godimento del compendio aziendale, consentendo l'incremento della massa attiva fallimentare tramite i canoni d'affitto corrisposti dall'affittuario.

L'istituto in parola diviene dunque strumento di riallocazione del rischio d'impresa, che con l'emergere dello stato di insolvenza si era iniquamente trasferito sui creditori, in capo al terzo affittuario, che risponderà in via esclusiva delle obbligazioni assunte nel corso dell'attività.

I due corni del bivio vanno così a convergere: si concilia la continuazione dell'impresa del fallito con l'assunzione del relativo rischio, che va ad essere imputato a un soggetto estraneo alla procedura, ripristinando la situazione di allocazione efficiente del rapporto rischio/gestione tipica dell'impresa *in bonis*.

Per altro verso, l'affitto risponde all'esigenza gestionale tipica della fase liquidatoria, non imponendosi come anomalia sistematica, ma al contrario rappresentando coerente momento di valorizzazione della massa attiva da liquidarsi. Solo con l'affitto endofallimentare, l'istanza gestionale, nella liquidazione fallimentare, coincidente con la necessità di prosecuzione dell'impresa, viene soddisfatta tutelando i creditori e procedendo a una redistribuzione del rischio di impresa in capo

all'affittuario, con ripristino della dimensione allocativa tipica degli assetti proprietari dell'impresa *in bonis*.

La tesi si struttura in quattro capitoli.

Il primo capitolo si occupa dell'inquadramento dogmatico dell'istituto, visto come tecnica di gestione provvisoria dell'impresa del fallito, nell'ambito di una rinnovata concezione della fase liquidatoria nel fallimento, integrante necessariamente un momento di amministrazione dei beni della massa. Amministrazione che, nel caso di quel peculiare bene costituito dall'azienda, coincide con la prosecuzione dell'impresa, nella consapevolezza che l'interruzione repentina dell'attività con l'apertura della procedura determinerebbe la dispersione dei valori ancora positivi del compendio, inscindibilmente legati alla natura dinamica dell'azienda, come l'avviamento e la clientela.

L'affitto viene concepito come strumento di riallocazione del rischio di impresa, dai creditori al terzo affittuario, mirante al ripristino del paradigma gestione /rischio tipico dell'impresa *in bonis*, visto il peculiare regime di responsabilità per le obbligazioni contratte dall'affittuario.

Si procede, poi, a una comparazione dei vari interessi protetti, per vagliare la funzionalizzazione dell'affitto, nel disegno del legislatore, all'istanza del maggior soddisfacimento del ceto creditorio.

Il secondo capitolo si occupa del momento contrattuale che sopravvive nell'istituto dell'affitto endofallimentare, pur inserito nel quadro di una procedura coattiva con finalità liquidatorie.

Vengono affrontate le questioni relative alla decisione dell'affitto, alla selezione del contraente e ai possibili rimedi avverso le determinazioni degli organi della procedura sul punto. Si procede poi all'analisi di fattispecie ed effetti del contratto, con particolare riferimento al contenuto legale minimo del regolamento contrattuale e a quello atipico, nonché alla sorte dei rapporti contrattuali pendenti e dei crediti e debiti aziendali al momento della concessione in godimento dell'azienda.

Il terzo capitolo si occupa del delicato tema del diritto di prelazione che, in base alla nuova disciplina, può essere concesso all'affittuario su base convenzionale. Si analizzano vantaggi e svantaggi che l'introduzione di una clausola di prelazione nell'ambito di una procedura di liquidazione coattiva potrebbe comportare, si ipotizzano

soluzioni per la strutturazione della clausola e l'esercizio del diritto da parte dell'affittuario, si esaminano gli effetti che l'eventuale violazione del patto di preferenza potrebbe determinare e si procede a un confronto dell'istituto con la prelazione legale per l'affittuario di aziende "socialmente rilevanti" previsto dall'art. 3, co. 4, l. 223/1990.

L'ultimo capitolo è dedicato al tema della retrocessione dell'azienda, con particolare attenzione alle questioni in merito all'esonero dalla responsabilità della procedura per le obbligazioni assunte dall'affittuario in corso di rapporto e al destino dei rapporti contrattuali instaurati dall'affittuario, pendenti al momento della retrocessione dell'azienda.

Palermo, 11 gennaio 2016

CAPITOLO I

Fattispecie ed interessi coinvolti

SOMMARIO: 1. L'impresa a seguito dell'apertura del fallimento: distribuzione del rischio e assetti di interessi. - 2. L'affitto d'azienda endofallimentare come strumento di riallocazione del rischio d'impresa in capo al terzo affittuario. - 3. Gli interessi coinvolti nell'operazione, parametri per orientare l'esegesi ed inquadramento dogmatico dell'istituto. - 3.1. L'interesse dei creditori: considerazioni sull'inesistenza di una categoria omogenea di creditori con riferimento a finalità e istanze sottese all'affitto dell'azienda del fallito. - 3.1.1 (segue): il rilievo, per una lettura sistematica dell'istituto dell'affitto endofallimentare, della tutela generale del ceto creditorio come obiettivo primario della procedura. - 3.1.2 (segue) il riferimento testuale alla funzionalizzazione dell'affitto "alla più proficua vendita dell'azienda"; la tutela dei creditori come ratio (unica?) della preferenza per le cessioni in blocco. - 3.1.3 (segue) interrogativi sui limiti in cui tale dato letterale costituisca un vincolo per gli organi della procedura nella decisione in ordine all'affitto. - 3.2. L'interesse alla conservazione dell'azienda ancora vitale come obiettivo dell'affitto: limiti in cui tale interesse coincide con quello del ceto creditorio e spazi di autonoma rilevanza. - 3.3. L'interesse dei lavoratori: cenni alle tutele riconosciute in caso di trasferimento d'azienda nel corso di procedura concorsuale. - 3.3.1. (segue) il rilievo sistematico del riferimento alla tutela occupazionale come criterio per la selezione del terzo contraente. - 3.3.2. (segue) il diverso atteggiarsi dell'istituto dell'affitto endofallimentare di cui all'art. 104-bis l.fall. rispetto all'affitto dell'azienda socialmente rilevante di cui alla l. 223/1991. - 3.4. Interrogativi circa un'eventuale rilevanza di istanze di tutela del fallito in relazione all'affitto endofallimentare. - 4. Considerazione in ordine ai possibili rischi dell'operazione: la gestione imprenditoriale demandata al terzo affittuario. - 4.1. I correttivi legislativi a tali rischi; incidenza dell'appartenenza dell'azienda alla massa attiva fallimentare come possibile limite nelle scelte gestionali dell'affittuario. - 4.2. I rapporti tra affitto d'azienda ed esercizio provvisorio, continuazione dell'impresa e responsabilità. - 4.3. Le finalità dei due istituti e l'ipotesi di inquadramento tra le forme di gestione provvisoria dell'impresa del fallito. - 4.4. Dubbi sui criteri per orientare la scelta degli organi della procedura tra continuazione dell'impresa da parte del curatore e concessione in godimento al terzo. - 5. L'affitto d'azienda nel quadro della liquidazione dell'attivo fallimentare, come strumento per la conservazione del complesso aziendale. - 6. Posizione delle questioni in merito a finalità alternative dell'affitto: ipotesi su una funzione in sé liquidatoria. - 7. Posizione delle questioni in merito a finalità alternative dell'affitto: la concessione in godimento dell'azienda a terzi potrebbe costituire strumento per agevolare il finanziamento dell'impresa. - 8. Affitto d'azienda e altre procedure concorsuali. Cenni.

1 L'impresa a seguito dell'apertura del fallimento: distribuzione del rischio e assetti di interessi.

Con l'emergere dello stato di insolvenza verrebbe alterato, come si è sostenuto in letteratura¹, il fisiologico rapporto potere gestorio/assunzione del rischio che caratterizza l'impresa *in bonis*, come giustificazione della spettanza della gestione imprenditoriale in capo al soggetto che nell'attività ha investito, e che dunque assume il rischio di perdere il proprio capitale.

¹ In lingua inglese: O. HART- J. MOORE, *Default and Renegotiation: A Dynamic Model of Debt*, Nber W.P. 5907, 1997, per il quale il *default* determinerebbe la conversione dei creditori in *residual claimants*, posizione normalmente spettante ai soci della società; nello stesso senso, il classico F. BLACK- M. SHOLES, *The pricing of options and corporate liabilities*, in *Journal of Political Economics*, 81, 1973, 637 ss.; per un'impostazione che muove dall'analisi economica del diritto e dai c.d. problemi di agenzia: K.H. DAIGLE e M.T. MALONEY, *Residual Claims in Bankruptcy: An Agency Theory Explanation*, in *Journal of Law & Economics*, 37, 1994, 157 ss.; B.R. CHEFFINS, *Company Law: Theory, Structure and Operation*, Oxford, 1997, 75. Tra i contributi più recenti in lingua italiana, L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, 40 e ss., che sostiene che "se, dunque, in condizioni di normale esercizio è del tutto giustificato che i creditori siano estranei al controllo sull'impresa esiste invece un serio problema circa il controllo dell'impresa quando essa *non sia* in condizioni di normale esercizio e l'adempimento dei debiti sia in pericolo: un problema cioè di controllo dell'impresa in <<crisi>>"; ID., *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, 2004, 1041; A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva della continuità aziendale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 826, dove si afferma che i creditori dell'impresa "divengono progressivamente i proprietari in senso economico dell'impresa stessa quanto più questa vede aumentare il proprio indebitamento e assottigliarsi l'*equity* del proprietario o dei proprietari in senso giuridico"; B. LIBONATI, *Prospettive di riforma nella crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, 332 ss.; ID., *La tutela del credito a fronte del rischio di inadempimento del debitore*, in *Fall.*, 1, 1984, 11 ss.; ID., *Crisi dell'imprenditore e riorganizzazione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, 231 ss.; F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. Soc.*, 2010, 57 ss.; U. TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di corretta gestione "societaria e imprenditoriale" della società capogruppo*, in *La riforma della legge fallimentare. Atti del convegno di Palermo, del 18-19 giugno 2010*, a cura di M. PERRINO, S. FORTUNATO, F. GUERRERA, G. GIANNELLI, Milano, 2011, 72; N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, Milano, 2010, 211; V. CALANDRA BONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, a cura di F. BARACHINI, Torino, 2014, 4; M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 56 ss.; G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi di impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fall.*, 2008, 1050; A. MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2010, 104. Interessanti poi le riflessioni sui possibili temperamenti al rischio di comportamenti maliziosi degli amministratori di società insolvente nei confronti dei creditori, nell'ambito però del dibattito sull'efficienza delle regole sul capitale minimo tipiche degli ordinamenti europei continentali. Cfr. L. ENRIQUES- J.R. MACEY, *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules*, in 86 *Cornell Law Rev.*, (2001), 1171.

Fino a quando l'imprenditore sia in grado di far fronte ai propri debiti, risulterebbe giustificata l'estraneità dei creditori rispetto al controllo sull'impresa, vista l'assenza di rischio per il capitale di prestito concesso². Invece, se l'attività conduce a esiti negativi, con dissoluzione integrale del capitale di rischio investito dall'imprenditore, la struttura finanziaria nell'impresa potrebbe venir rappresentata da solo debito, situazione impreveduta e inaccettabile per il creditore là dove, in ipotesi, già sussistente al momento della concessione del finanziamento³. Si porrebbe a questo punto un problema di controllo e di effettiva "proprietà" dell'impresa in crisi⁴: il creditore non può più scegliere se finanziare o meno l'impresa, è "prigioniero" del suo debitore⁵, e l'impresa continua a operare solo grazie al capitale di prestito, che diviene, dunque, nell'insolvenza del debitore, vero e proprio "capitale di rischio"⁶.

Con la prosecuzione dell'impresa nell'insolvenza, i creditori si espongono alla diminuzione del patrimonio del debitore, in conseguenza delle perdite eventuali connesse all'attività, e dunque a veder ridotta la possibilità di rientrare

² Si vedano le riflessioni di B. LIBONATI, *La crisi dell'impresa*, in AA. VV., *L'impresa*, a cura di P. FERRO LUZZI e B. LIBONATI, Milano, 1985, 218 che, a giustificare l'approccio, dissolutivo dell'impresa fallita, della procedura fallimentare nel disegno originario del legislatore, guarda alla struttura dell'impresa all'epoca dell'emanazione della legge fallimentare, in cui il capitale di rischio risultava preminente nel finanziamento dell'attività rispetto al credito. Così " il privilegio del capitale di credito sul capitale di rischio nella ripartizione dell'attivo fallimentare consente [...] di caricare quel costo [*il costo della dissoluzione dell'impresa*] sull'imprenditore dissestato [...] che poteva (e può) perdere nel fallimento tutte le sue sostanze". Continuava poi, "i creditori, quanto meno in prospettiva, dovrebbero recuperare invece tutto, o quasi tutto, in quanto il costo della crisi, nella meccanica delle procedure concorsuali, solo in ultima battuta ricade su di loro".

³ Così L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa*, cit., 40

⁴ Per B. LIBONATI, *La tutela*, cit., 17, "La dissociazione tra controllo e proprietà è argomento di discussione da decenni" e che, in un sistema in cui il capitale di credito è preminente sul capitale di rischio, a ben vedere, secondo l'Autore, anche per la situazione dell'impresa *in bonis*, "viene meno l'equilibrio per così dire classico. I creditori recuperavano, nell'ottica tradizionale, dalla liquidazione dell'impresa, ed avevano così modo di avviare la loro ricchezza verso diversi e più proficui investimenti. Se invece il costo della liquidazione grava in parte o massimamente su di loro [...] si presentano quelle spirali perverse [...] nelle quali chi ha concesso credito si vede costretto a concedere altro credito per cercare di recuperare il primo concesso".

⁵ Si tratterebbe per B. LIBONATI, *La tutela*, cit., 17, di uno *spherical chick*, situazione in cui chi ha concesso credito si vede costretto a concedere altro credito per cercare di recuperare il primo concesso.

⁶ Sul punto si vedano B. LIBONATI, *Prospettive*, cit., 332; ID., *La crisi*, cit., 219; ID., *La tutela*, cit., 11 ss.; ID., *Crisi*, cit., 232 ss.; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa*, cit., 40 ss.

nell'investimento effettuato, ovvero di ottenere un rimborso, sia pur parziale, del finanziamento erogato⁷.

A fronte però di un rischio di impresa che grava sui creditori, unici portatori di interessi che potrebbero subire conseguenze negative da un'attività di impresa in perdita, visto che l'imprenditore ha già esaurito il capitale investito, e può ottenere benefici da una continuazione dell'impresa in stato di insolvenza, nel tentativo di recuperare il proprio apporto, eroso dalle perdite pregresse⁸, la gestione dell'impresa, prima della dichiarazione di fallimento, spetta comunque al debitore⁹.

Nello stesso tempo, i creditori non hanno neppure convenienza a tentare un recupero repentino del prestito erogato, là dove abbiano sentore dell'emergere della crisi, il che, per via dell'asimmetria informativa che connota il rapporto tra imprenditore e altri *stakeholders* dell'impresa, è comunque di difficile verifica: un assalto in massa al recupero del credito potrebbe compromettere del tutto la prosecuzione dell'attività di impresa, privandola delle risorse necessarie per operare sul mercato, rappresentate, come visto, soltanto dal debito.

Pur non volendosi spingere nel complesso e vastissimo dibattito relativo al problema del controllo e della "proprietà" dell'impresa in crisi, si può condividere l'idea che l'emergere dello stato di insolvenza determini l'assunzione per i creditori del rischio di impresa, e l'idea che le procedure di regolazione concorsuale della crisi, e il fallimento, in particolare, per i nostri fini, costituiscano rimedi approntati dall'ordinamento per far fronte a tale situazione di squilibrio.

⁷ Si veda B. LIBONATI, *La crisi*, cit., 219, che afferma che "il costo della dissoluzione dell'impresa, atteso il mutato rapporto tra capitale di rischio e capitale di credito, [...] ricade dunque, spesso totalmente, sul secondo, che non trova così più soddisfazione dal recupero assicurato dalla tradizionale procedura fallimentare"

⁸ Che però l'imprenditore nulla rischi nella prosecuzione dell'attività di impresa in stato di insolvenza, o addirittura, in stato di crisi, è affermazione che sembra essere valida per l'attività di impresa esercitata in forma societaria, e in particolare per il caso in cui i soci adottino un tipo sociale che preveda la loro responsabilità limitata per le obbligazioni sociali, con riguardo in particolare alla posizione dei soci considerati più che proprietari, *residual claimants*, cioè soggetti che hanno diritto a ricevere il residuo del patrimonio sociale a seguito del soddisfacimento di tutti i creditori. Per l'impresa individuale e per le società prive di autonomia patrimoniale perfetta, invece, suscita alcune perplessità: basti pensare al fatto che la diminuzione del patrimonio dell'imprenditore per perdite nell'esercizio dell'attività determina una maggiore esposizione debitoria da parte dell'imprenditore.

⁹ Ciò in particolare nell'economia attuale, dove le risorse per l'attività di impresa sono rappresentate in via maggioritaria da capitale di credito, piuttosto che dagli investimenti dell'imprenditore nella propria impresa, si veda B. LIBONATI, *La crisi*, cit., 217 ss.; ID., *Prospettive*, cit., 332 ss.; ID., *La tutela*, cit., 11 ss.; ID., *Crisi*, cit., 232 ss.

Le procedure concorsuali troverebbero giustificazione come strumenti atti a impedire una distruttiva corsa al soddisfacimento individuale dei creditori sul patrimonio del debitore¹⁰.

Altra considerazione: se, da un lato, la prosecuzione dell'impresa del debitore insolvente determina il gravare dell'aleatorietà dei risultati sul ceto creditorio, piuttosto che, come avviene nella situazione fisiologica dell'impresa solvibile, sull'imprenditore, non può neppure affermarsi che l'interruzione improvvisa dell'attività sia situazione senz'altro vantaggiosa per i creditori dell'impresa insolvente¹¹. I creditori, infatti, rischiano di veder deprimere il valore del patrimonio del debitore, garanzia generica del credito, destinata a divenire massa attiva fallimentare all'apertura della procedura, per la dispersione di *asset* indissolubilmente connessi alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale, come avviamento e clientela quali elementi del compendio aziendale¹².

Si intravedono dunque i due corni del bivio: prosecuzione dell'attività di impresa, e assunzione del relativo rischio da parte dei creditori, o interruzione, e dispersione del valore dell'apparato produttivo.

¹⁰ Così T. H. JACKSON, *The logic and limits of Bankruptcy Law*, Cambridge, Mass.-London, Harvard University Press, 1986, passim., e in lingua italiana, L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa*, cit., 41 e ss.

¹¹ Secondo B. LIBONATI, *La crisi*, cit., 218, "è cosa nota che la liquidazione di un'impresa disestata ha un costo. Valori anche abilmente costruiti si disperdono. Capacità organizzative, tecnologiche, avviamento, magazzini ed altri elementi che non mancano del tutto anche in imprese insolventi si svuotano di contenuto". Si vedano anche le interessanti riflessioni di A. MAISANO, *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi. Evoluzione e prospettive di riforma del diritto fallimentare*, in *Quaderni di giur. comm.*, Milano, 1989, 24, il quale afferma che "la disgregazione dell'impresa caduta in dissesto, cui oggettivamente cospira il tradizionale sistema delle procedure concorsuali, ancora nel 1942, era considerata la naturale e necessaria conseguenza della selezione operata dal mercato e si reputava per ciò stesso rispondente agli interessi non solo dei creditori ma dell'intera collettività, salvo che in casi particolari. Oggi, invece, i termini di questa valutazione appaiono esattamente rovesciati nel senso che, di regola, si ritiene più rispondente ai diversi interessi in gioco sistemare il dissesto, evitando, per quanto possibile, di disgregare l'impresa, atteso che tale vicenda non soddisfa appieno gli interessi dei creditori, ordinariamente impoverisce l'apparato economico-produttivo e pregiudica gravemente i lavoratori".

¹² Per questo "il creditore che non può recuperare dalla liquidazione dell'impresa è spesso portato a non provocarne la dissoluzione", così B. LIBONATI, *La crisi*, cit., 220.

2 *L'affitto d'azienda endofallimentare come strumento di riallocazione del rischio d'impresa in capo al terzo affittuario.*

L'alternativa è ben presente al legislatore della riforma fallimentare. Si tratta di conciliare la prosecuzione dell'impresa in crisi del debitore con il contenimento dei rischi per il ceto creditorio, su cui grava l'aleatorietà dell'esito dell'esercizio.

Se da un lato gli ultimi anni hanno visto il moltiplicarsi di tecniche normative volte a trasformare il capitale di prestito in capitale di rischio¹³, e dunque i creditori in investitori e soci, per una allocazione efficiente dell'impresa in crisi¹⁴, l'istanza alla continuazione dell'attività imprenditoriale nell'insolvenza, pur nella coscienza dei rischi per il ceto creditorio, da minimizzare o espungere, è antica, e può essere vista come *ratio*, con riguardo alla procedura fallimentare, di alcuni degli istituti inquadrabili tra le forme di gestione provvisoria dell'impresa del fallito.

E' in quest'ottica, ed è questa la tesi del presente lavoro, che trova possibile collocazione l'affitto endofallimentare d'azienda, conosciuto nella prassi fallimentare già nel vigore del testo previgente, ma positivamente riconosciuto solo con la riforma della legge fallimentare, che ha introdotto la disciplina di cui all'art. 104-bis, l. fall.

L'affitto dell'azienda del fallito consente infatti, da un lato, la continuazione dell'attività del debitore, dall'altro, esonera i creditori dal rischio di impresa, che graverà sul terzo affittuario. La concessione dell'azienda del fallito a un soggetto terzo, unico ad acquistare la qualità di imprenditore, nel momento in cui destini l'azienda affittata all'esercizio dell'attività, per la quale è funzionalmente organizzata, istaura per la procedura una situazione statica di godimento del

¹³ Da ultimo non può che farsi riferimento alla Direttiva 2014/59/UE, del 15 maggio 2014, “che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio”, c.d. *bank-recovery-and-resolution- directive*, introduttiva del c.d. *bail in* che apre al salvataggio delle banche con il supporto dei creditori delle stesse. Per alcuni commenti, A. GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca borsa*, 5, 2015, 587 ss. Ma si veda per il tema già B. LIBONATI, *Crisi delle imprese*, cit., 789, per il quale i grandi creditori dovrebbero poter provocare “senza con ciò trasformare i loro crediti in capitali di rischio, una <<loro>> gestione dell'impresa in crisi”.

¹⁴ Così F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa*, cit., 57 ss.

compendio aziendale, consentendo l'incremento della massa attiva fallimentare tramite i canoni d'affitto corrisposti dall'affittuario.

L'istituto in parola diviene dunque strumento di riallocazione del rischio d'impresa, che con l'emergere dello stato di insolvenza era iniquamente migrato sui creditori, in capo al terzo affittuario, che risponderà in via esclusiva delle obbligazioni assunte nel corso dell'attività. Ciò a differenza di quanto avviene nel caso di disposizione dell'esercizio provvisorio *ex art. 104 l.fall.*, che consente sì, anch'esso, la prosecuzione dell'impresa del fallito, ma nello stesso tempo genera debiti di massa, non risolvendo il problema dello squilibrio a svantaggio dei creditori nella distribuzione del rischio della continuazione dell'attività.

I due corni del bivio vanno a convergere: si concilia la continuazione dell'impresa del fallito con l'assunzione del relativo rischio, che va a essere imputato a un soggetto estraneo alla procedura, ripristinando la situazione di allocazione efficiente del rapporto rischio/gestione tipica dell'impresa *in bonis*.

Tutto ciò va considerato alla luce dell'emersione di una nuova concezione della fase di liquidazione, volta alla valorizzazione della dimensione dinamica dei beni oggetto della massa attiva da liquidare e la loro considerazione "in blocco", con particolare riferimento alla *res* azienda, e del sorgere della necessità di una fase gestionale, parte integrante del procedimento liquidatorio¹⁵.

Senza esercizio dell'impresa non può darsi conservazione dell'azienda, per cui l'attività imprenditoriale entra a far parte a pieno diritto della liquidazione fallimentare. La *liquidazione* dei beni della massa implica sempre, cioè al tempo stesso, *amministrazione* di tali beni e, per il bene azienda, *continuazione dell'impresa*: in questa logica sono concepiti e affiancati come alternative per gli organi della procedura l'affitto dell'azienda e l'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito¹⁶.

¹⁵ Si veda M. PERRINO, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 680 ss.; ID., *Il programma di liquidazione*, in *Dir. fall.*, 2006, 1087 ss.; G. TERRANOVA, *La liquidazione fallimentare: prassi, giurisprudenza e dottrina*, in *Riv. dir. fall.*, 2003, I, 1662 ss.

¹⁶ Del resto, si è fatto notare, "amministrazione e liquidazione non sono attività tra loro incompatibili, anzi la seconda presuppone che i beni da alienare siano mantenuti nella piena efficienza e redditività sino a quando non vengono venduti" (cfr. F. FIMMANÒ, *sub art. 104*, in *Il*

Solo con l'affitto endofallimentare, però, l'esigenza gestionale, nella fase liquidatoria nel fallimento, coincidente con la necessità di prosecuzione dell'impresa, viene soddisfatta tutelando i creditori e procedendo a una redistribuzione del rischio di impresa in capo all'affittuario, ripristinando la dimensione allocativa tipica degli assetti proprietari dell'impresa *in bonis*.

3 *Gli interessi coinvolti nell'operazione, parametri per orientare l'esegesi ed inquadramento dogmatico dell'istituto.*

L'istituto dell'affitto endofallimentare dell'azienda è stato finora esaminato per vagliarne, ante riforma, l'ammissibilità¹⁷, alla luce della valorizzazione della continuazione dell'impresa da parte di un terzo come strumento di conservazione degli *asset* ancora positivi del complesso aziendale¹⁸, a fronte di un presunto

nuovo diritto fallimentare, diretto da A. JORIO, II, Bologna, 2007, 1584). Così anche M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.

¹⁷ Si veda per rilievi critici in ordine all'ammissibilità dell'affitto d'azienda nel fallimento nel vigore del testo previgente della legge fallimentare, sulla scorta di argomentazioni attente alla necessità di non ostacolare o ritardare la liquidazione dei beni appartenenti alla massa attiva fallimentare, per poter soddisfare i creditori con la massima celerità possibile: P. SANDULLI, *In tema di affitto d'azienda e di amministrazione del patrimonio del fallito da parte degli organi del fallimento*, in *Foro it.*, 1959, I, c. 685 s.; R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, II, Milano, 1970, 1432; A. BONSIGNORI, *Profilo sistematico delle vendite fallimentari*, Napoli, 1963, 42, 43 n. 3; M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, Milano, 1972, 337.

¹⁸ Ammettevano in passato l'affitto endofallimentare: G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973, 13 ss.; A. DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, Milano 1950, 416 s., U. AZZOLINA, *Il fallimento*, 2 ed., Torino, 1961, 835. In giurisprudenza già nel vigore del testo previgente si tendeva a disporre l'affitto dell'azienda del fallito da parte degli organi della procedura a seguito della dichiarazione di fallimento. Sul punto tra le altre si veda: Cass. 18 gennaio 1982, n. 324, in *Foro it.*, 1983, I, 2263 s.; Trib. Monza 19 aprile 1992 (ord.) in *Giur. comm.* 1994, 155 ed in *Fallimento*, 1993, 190; Trib. Napoli 6 maggio 1999, in *Giur. nap.*, 2000, 143. Cass. 25 marzo 1961, n. 682, in *Giust. civ.*, 1961, I, 969, in *Dir. fall.*, 1961, II, 655 e in *Foro it.*, 1961, I, c. 1143; App. Napoli 29 settembre 1959, in *Dir. fall.*, 1959, I, c. 685; Trib. Roma 29 luglio 1959, in *Dir. fall.*, II, 692. Ma si veda pure P. PAJARDI, *Casi clinici di diritto fallimentare*, I, Milano, 1962, 69 s.; F. DIMUNDO- E. CRISTIANI, *Affitto di azienda e fallimento*, in *Fallimento*, 2003, 5 e *La prassi dei Tribunali italiani in materia di fallimento*, Milano, 1982, II, 64. Per riferimenti F. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2001, 71 s. e P.F. CENSONI, *La sorte dei rapporti pendenti nel fallimento nel caso di affitto di azienda*, in *Giur. Comm.*, I, 2003, 333 s.

interesse dei creditori alla celerità della procedura e alla conclusione nel tempo più rapido possibile della liquidazione del patrimonio del fallito¹⁹.

Dopo l'entrata in vigore dell'art. 104-*bis* l. fall. si è evidenziato come la norma incoraggi la prosecuzione dell'attività di impresa a seguito della dichiarazione di fallimento, in funzione di una possibile vendita in blocco dell'azienda del fallito da parte degli organi della procedura²⁰, e si è inquadrato l'istituto dell'affitto nel fallimento tra gli strumenti di gestione provvisoria dell'impresa del debitore insolvente²¹.

Nel presente studio, si tenterà un'analisi in punto di interessi coinvolti nell'operazione, tali da assurgere a parametri per orientare l'esegesi e consentire un inquadramento dogmatico dell'istituto²². I diversi interessi confliggenti o convergenti in relazione a funzioni e utilità prospettiche dell'affitto non possono che influenzare l'interprete della norma, per la ricerca di una sistemazione istituzionale prima e di soluzioni applicative per i numerosi dubbi che si prospettano nella prassi

¹⁹ In questa direzione si muovevano originariamente P. SANDULLI, *In tema di affitto d'azienda e di amministrazione del patrimonio del fallito da parte degli organi del fallimento*, in *Foro it.*, 1959, I, c. 685 s.; R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, II, Milano, 1970, 1432; A. BONSIGNORI, *Profilo sistematico delle vendite fallimentari*, Napoli, 1963, 42, 43 n. 3;

²⁰ Per alcuni contributi sul tema post-riforma: G. FERRI JR., *Forme di esercizio dell'impresa fallita*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 1, 1, 183; F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2010; F. MARTORANO, *Circolazione di ritorno nell'affitto endofallimentare*, *Dir. Fall.*, 2010, 1, 1, 1-9; A. PATTI, *Affitto di azienda e finanziamento dell'impresa fallita*, *Fall.*, 2009, 15, 76; B. GAGLIANO, *Fallimento e affitto d'azienda: la liquidazione dell'attivo*, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 7/8, 2010, 32-36; M. PERRINO, *Il programma*, cit., 1087; F. FIMMANÒ, sub art. 104-*bis*, cit., 1618 ss.; D. BENZI, *L'affitto d'azienda*, in *Fallimento e altre procedura concorsuali*, a cura di F. FAUCEGLIA-L. PANZANI, Milano, 2009, II, 1181 ss.; F. FIMMANÒ, *La circolazione dell'azienda nel fallimento*, *Riv. notariato*, 2 e 3, 2007, 255 e 537; A. BONGIORNO, *La liquidazione dell'attivo nel fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2013, 2, 135; A. BASSI, *L'affitto di azienda*, in *Trattato di diritto fallimentare*, a cura di V. BUONOCORE e A. BASSI, III, Padova, 2011, 319 ss.; S. CARMIGNANI, *Affitto di azienda e fallimento*, in *Fall.*, 12, 2012, 1465; F. LO CICERO, *L'affitto endofallimentare dell'azienda e l'esercizio provvisorio dell'impresa*, in *www.dircomm.it*, n. 10, 2005, 3.

²¹ Si veda in questa direzione: F. PASQUARIELLO, *Gestione*, cit., 211 e F. FIMMANÒ, *Esercizio provvisorio dell'impresa e riallocazione dell'azienda nella riforma della legge fallimentare*, reperibile on-line in *www.odeclatina.it* e ID., *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 439 s.

²² Spunti interessanti in tal senso si rinvencono in M. PERRINO, *Il programma*, cit., 1087 ss. Sul tema dell'esercizio provvisorio dell'impresa si rinvia invece una completa disamina che prende le mosse dagli interessi coinvolti dall'istituto in P. FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Napoli, 2011.

poi. Il rilievo di istanze da tutelare a fronte di esigenze da considerare invece residuali non può che riflettersi sulla *ratio* dell'istituto.

Ma quali sono gli interessi che vengono in rilievo in relazione alla decisione di procedere all'affitto dell'azienda del fallito a seguito della dichiarazione di fallimento?

La posizione della domanda è e deve essere preliminare rispetto agli interrogativi circa il trattamento che alle diverse istanze coinvolte riserva il legislatore. Il rilievo e la considerazione della lettera della legge per l'una o per l'altra necessità, o eventualmente la mancata menzione di alcune delle esigenze coinvolte nel fenomeno, non potrebbero adeguatamente comprendersi se non alla luce di una prioritaria individuazione degli interessi che l'affitto dell'azienda a seguito dell'apertura della procedura fallimentare tocchi, per farne perno di un *iter* argomentativo che punti alla sistemazione esegetica della disciplina in esame.

Tale prospettiva di ricerca consente poi di ricostruire la collocazione dell'istituto nell'ambito del fallimento e, più in generale, delle procedure concorsuali, alla luce degli obiettivi delle procedure di regolazione della crisi d'impresa e delle finalità che perseguono. Va compreso se l'operazione vada inquadrata come anomalia o invece come coerente momento di un complesso disegno normativo, non risolvibile nella sola disgregazione del complesso produttivo da realizzare al fine del soddisfacimento dei creditori, in attuazione della garanzia generica delle obbligazioni.

Dunque, l'incardinamento dell'affitto nel quadro delle procedure concorsuali, come momento gestionale e, al tempo stesso, in senso lato liquidatorio, è questione che va esaminata alla luce dei diversi interessi che possono venire in rilievo, e della rispondenza della decisione di affittare l'azienda del fallito alle medesime istanze protette e perseguite dalla procedura o ad esigenze diverse, che possano costituire parentesi inevitabile ma incongruente all'interno di un percorso funzionalmente orientato a conclusioni differenti.

Si prenderà in primo luogo in considerazione l'interesse dei creditori, per vagliarne la declinazione in relazione all'affitto endofallimentare rispetto al rilievo

al primo riservato dalla procedura, e ciò in ragione del riconoscimento della natura prioritaria della tutela del ceto creditorio come finalità (esclusiva?) del fallimento²³.

Il fallimento nasce come strumento di regolamentazione concorsuale dell'insolvenza, intesa come incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni da parte dell'imprenditore commerciale, come tale è mezzo di attuazione ordinata della garanzia generica del credito rappresentata dal patrimonio del debitore fallito²⁴, e nel contempo rimedio dell'ordinamento a una situazione irreversibile di crisi, o quanto meno ritenuta tale, che possa pregiudicare la certezza dei traffici e delle situazioni giuridiche²⁵. Inefficienze della procedura fallimentare, che privilegi istanze differenti rispetto a quella dei creditori, hanno conseguenze difficilmente calcolabili²⁶: scoraggiano investimenti e relazioni di impresa, e minano la fiducia nel

²³ Sul tema della funzionalizzazione delle procedure concorsuali, fallimentare in particolare, al soddisfacimento dei creditori, la letteratura è sconfinata: per un tentativo di sintesi dei contributi più importanti si rinvia a L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa*, cit., 15 ss.; D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006, 49 ss. Ma dà rilievo a interessi differenti, rispetto a quelli dei *residual claimants*, sia pur nel panorama più ampio di tutte le procedure concorsuali, e con uno sguardo attento in particolare all'amministrazione straordinaria, A. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 603. Per una ricostruzione storica delle "tendenze" evolutive delle procedure concorsuali nel nostro ordinamento, A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese: lineamenti generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, XII, Torino, 2012, 20 ss.

²⁴ Si veda A. MAISANO, *Tutela*, cit., 5, per il quale "le procedure concorsuali operano sul piano della conservazione o della realizzazione della garanzia patrimoniale, che presidia la responsabilità per le obbligazioni. Il loro scopo, esclusivo o concorrente, è quello di salvaguardare o realizzare il soddisfacimento dei creditori".

²⁵ Si vedano le famosissime riflessioni di L. EINAUDI, *Intorno al credito industriale-Appunti*, in *Riv. Soc. comm.*, 1911, 119-120, per cui la soluzione più giusta per risolvere le crisi industriali "è di far, anzi di lasciar fallire coloro che meno sono in grado di vivere [...] evitando di mantenere in vita i deboli con scarso vantaggio e con molto danno dei forti e dei prudenti i quali possono sperare un ritorno a condizioni normali solo quando il terreno sarà liberato dalla vegetazione parassitaria che l'intristisce". Per B. LIBONATI, *La tutela*, cit., 11-12, la *ratio* tradizionale del fallimento andrebbe ricercata "nella convinzione che le risorse economiche debbano trovare destinazione secondo il libero gioco del mercato, sicché le risorse male impiegate in un'impresa inefficiente vanno liberate, tramite la procedura fallimentare, per essere destinate a impieghi più produttivi". Si vedano anche F. CAFFÈ, *Diritto ed economia: un difficile incontro*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 6; V. GRECO, *Il fallimento da esecuzione collettiva a espropriazione dell'impresa*, Milano, 1984, 2; G. BAVETTA, *Il diritto dell'impresa in crisi*, in *Dir. fall.*, I, 1988, 355; A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 493, n. 2.

²⁶ Si vedano sul punto i report del LEGAL DEPARTMENT INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Orderly & Effective Insolvency Procedures, Key Issues*, 1999 rinvenibile in www.imf.org, e della WORLD BANK, *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, (World Bank: 2001). Si vedano sul punto anche S. HAGAN, *Promoting Orderly and Effective Insolvency Procedures, Finance & Development*, March 2000, 50-52, 50; V. FINCH, *The Measures of*

recupero del finanziamento, necessario presupposto per il reperimento di capitale di credito, e dunque, in ultima analisi, di qualunque attività imprenditoriale, che sul credito si fonda e trova le imprescindibili disponibilità per avviarsi e operare sul mercato²⁷. E d'altronde i difetti del fallimento e delle procedure concorsuali in genere, aumentando l'incertezza nel recupero del prestito concesso, comporterebbero, in primo luogo, un incremento dei costi di reperimento del credito su base negoziale e volontaria, con lievitazione degli interessi a compensazione del maggior rischio subito dai creditori²⁸, quantomeno per le categorie in grado di imporre il proprio potere contrattuale nella negoziazione del finanziamento con l'imprenditore²⁹. In secondo luogo, è stato fatto notare che le carenze della

Insolvency Law, *Oxford Journal of Legal Studies*, 17 (1997), 227-251, 230. Interessanti riflessioni possono rinvenirsi in RACCOMANDAZIONE DELLA COMMISSIONE, *On a new approach to business failure and insolvency*, C(2014) 1500 final, in cui al Considerando 4) si legge, con riferimento alla disparità di trattamento tra le normative nazionali in materia di ristrutturazione dell'impresa in crisi, ma con riflessioni estensibili al tema dell'inefficienza in generale delle procedure concorsuali, che la stessa "...lead to increased costs and uncertainty in assessing the risks of investing in another Member State, fragment conditions for access to credit and result in different recovery rates for creditors. They make the design and adoption of consistent restructuring plans for cross-border groups of companies more difficult. More generally, the discrepancies may serve as disincentives for businesses wishing to establish themselves in different Member States"; sul punto di interesse anche il DOCUMENTO DI LAVORO DEI SERVIZI DELLA COMMISSIONE, *Valutazione di impatto, Accompanying the document Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency*, SWD(2014) 61 final e il DOCUMENTO DI LAVORO DEI SERVIZI DELLA COMMISSIONE, *Sintesi della Valutazione di impatto, Accompanying the document Commission Recommendation on a new approach to business failure and insolvency*, SWD(2014) 62 final.

²⁷ Si vedano le considerazioni sull'uso alternativo del fallimento in A. NIGRO, *La disciplina delle crisi*, cit., 24.

²⁸ Si veda sui costi di reperimento del credito e sulla possibilità da parte dei creditori c.d. forti di compensare il maggior rischio di recupero del capitale di prestito con un aumento del tasso di interesse, sia pur con riferimento al diverso tema dell'efficienza del capitale sociale minimo, L. ENRIQUES e J.R. MACEY, *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules*, in 86 *Cornell Law Rev.*, (2001), 1165. L. ENRIQUES e J.R. MACEY, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2002, 78; L. ENRIQUES, *Legal Capital, Financial Information and Net Assets: A Reply to Francesco Denozza (Capitale Sociale, Informazione Contabile E Sistema Del Netto: Una Risposta a Francesco Denozza)*, in *Giur. Comm.*, I, 607-629; e la risposta di F. DENOZZA, *A che serve il capitale? (piccole glosse a L. ENRIQUES-J.R. MACEY, Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules)*, in *Giur comm.*, 2000, I, 585.

²⁹ Si è però fatto notare come nonostante interessi più elevati possano fungere da compenso per il maggior rischio di mancato recupero, anche non integrale, del capitale prestato assunto dai creditori, al di sopra di un livello determinato si riscontra il rifiuto di erogare credito da parte degli intermediari rappresentando un tasso di interesse eccessivo una grande attrattiva per "cattivi" debitori. La riflessione si ritrova in L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa*, cit., 26, nt. 12, che richiama per la letteratura americana, J.E. STIGLITZ e A. WEISS, *Credit Rationing in Markets with Imperfect Information*, in *American Economic Review*, 71, 1981, 393 ss.

procedura fallimentare possono indurre al ricorso a strumenti di autotutela da parte dei creditori, economicamente svantaggiosi³⁰. Così l'attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore per le obbligazioni assunte nel corso dell'attività di impresa assurge a finalità tipica del fallimento, che assicura una composta regolamentazione della crisi, evitando aggressioni repentine individuali sui beni e, da ultimo, sull'apparato produttivo dell'imprenditore, pregiudizievoli per l'ordine economico e per il sistema del credito per le imprese³¹.

In tale nucleo essenziale, le affermazioni circa il rilievo primario dell'interesse dei creditori sono difficilmente contestabili. Ma, da un lato, si impongono alcune precisazioni circa l'impossibilità di individuare in concreto una categoria unitaria di creditori con interessi del tutto omogenei³². Dall'altro, va chiarito il rapporto con l'affitto endofallimentare, e il posizionamento dell'istituto rispetto al complesso delle istanze del ceto dei creditori, o delle diverse categorie di creditori che siano foriere di esigenze differenziate.

L'attenzione posta sull'interesse dei creditori, nelle sue diverse declinazioni, non può però far sottovalutare il rilievo che istanze parallele o confliggenti possano avere in relazione alla disposizione dell'affitto dell'azienda appartenente alla massa attiva fallimentare³³. Va dunque esaminato nel prosieguo dell'analisi il possibile

³⁰ Si possono, ad esempio, menzionare istituti quali pegno irregolare, mandato *in rem propriam*, cessione del credito. In questo senso P. PAJARDI, in AA. VV., *Atti del convegno di Verona 28-29 ottobre 1977, L'uso alternativo delle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 321; F. PASQUARIELLO, *Gestione*, cit., 1; sulle tecniche di autotutela nel diritto privato, E. BETTI, voce *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 529; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I-II, Milano, 1971-1974; A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983.

³¹ Per A. MAISANO, *La tutela*, cit., 5 "sul piano strutturale le procedure concorsuali sono propriamente forme di organizzazione del concorso dei creditori, per fini lato sensu cautelari o satisfattivi".

³² G. TERRANOVA, *Conflitti di interesse e giudizio di merito nelle soluzioni concordate delle crisi di impresa*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. FORTUNATO, G. GIANNELLI, F. GUERRERA, M. PERRINO, Milano, 2011, 172. Si veda per la distinzione tra interesse di gruppo e interesse di serie N. JAEGER, *Il fallimento e altre forme di tutela giurisdizionale*, diretto da P. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI, Milano, 1964, *passim*.

³³ Si è sottolineato però in dottrina (L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa*, cit., 68 e ss.) che la contrapposizione tra interessi dei creditori e interessi diversi, come quelli dei lavoratori, dei fornitori, all'integrità dei complessi produttivi, alla stabilità del mercato, o di *stakeholders* diversi dai creditori, può rivelarsi in alcuni casi un falso problema. Esisterebbero cioè situazioni in cui tali interessi possono essere tutelati contestualmente e con convergenza di soluzioni. Si è fatto l'esempio, in particolare, dell'impresa in crisi che mantenga un valore positivo, di *going concern*, producendo

ruolo dell'istanza alla conservazione dell'azienda ancora vitale, tale da assurgere addirittura ad obiettivo dell'affitto. Peculiare considerazione va poi riservata all'interesse dei lavoratori alla conservazione del rapporto di lavoro, anche a seguito dell'apertura della procedura fallimentare, ed anche in seguito alla eventuale decisione di affittare l'azienda da parte degli organi della procedura.

Da ultimo, si potranno porre interrogativi circa un'eventuale rilevanza dell'interesse del debitore fallito in relazione all'affitto endofallimentare, in ragione della funzionalizzazione dell'istituto in analisi alla futura vendita in blocco, che potrebbe portare a escludere in radice e già sul piano positivo, la programmazione, come ipotesi residuale, di un eventuale risanamento dell'azienda che comporti il ritorno, a seguito del soddisfacimento dei creditori, del complesso aziendale in patrimonio del debitore.

3.1 L'interesse dei creditori: considerazioni sull'inesistenza di una categoria omogenea di creditori con riferimento a finalità e istanze sottese all'affitto dell'azienda del fallito.

La rispondenza dell'affitto dell'azienda appartenente alla massa attiva fallimentare all'interesse dei creditori era questione dibattuta già nel vigore del testo previgente della legge fallimentare. I maggiori ostacoli che sul piano esegetico si ponevano all'ammissibilità dell'istituto, in assenza di una specifica disposizione che lo prevedesse, si incentravano proprio sul carattere ostativo dell'affitto alla

ricchezza, sia pur in misura non sufficiente all'adempimento dei debiti assunti. In questo caso, risultando il valore dell'impresa in attività superiore al valore di liquidazione, come somma statica del valore dei suoi componenti, la conservazione dell'impresa risulterebbe soddisfare tutti gli interessi in gioco. Ma, a parte alcune perplessità, sia pur nella consapevolezza della validità degli argomenti, che potrebbero essere avanzate già sul piano teorico (come vedremo, perché il creditore titolare di un diritto di ipoteca su un immobile facente parte del complesso aziendale dovrebbe essere interessato alla prosecuzione dell'attività e non alla liquidazione immediata del bene oggetto del diritto di prelazione?), ci si scontra poi sul piano pratico con le difficoltà legate alla gestione dell'impresa nel corso del fallimento, con gli obblighi procedurali e sostanziali e con i rischi della prosecuzione dell'attività, rispetto all'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti. Si veda anche sul punto, con un riferimento al medesimo contributo di STANGHELLINI, in senso parzialmente critico, P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 24, nt. 21.

liquidazione dei beni del complesso aziendale, in quanto potenzialmente determinante ritardi nella realizzazione dell'attivo, con pregiudizio dei creditori³⁴.

Allo stato attuale, la questione va affrontata sotto una luce peculiare. Innanzitutto, va chiarito che non è possibile individuare, tra coloro che vantano pretese nei confronti del fallimento, una categoria generale, dalle esigenze omogenee, tale da essere presa a termine di paragone per vagliare la rispondenza dell'affitto endofallimentare all'interesse del ceto creditorio.

Se mira comune alla categoria dei creditori, intesi come gruppo e non individuati *uti singuli*, può dirsi in via generale la massimizzazione del valore del patrimonio del debitore- che costituisce, nel momento in cui l'impresa è in *bonis*, garanzia generica del credito, e che diventa massa da liquidarsi e ripartirsi con l'insolvenza, nel rispetto della parità di trattamento tra i titolari di diritti nei confronti del fallimento- a considerare la posizione del singolo creditore, tale comunanza di intenti rischia di smarrirsi in un quadro frastagliato.

E ciò ancor di più in riferimento alla possibilità di una continuazione dell'esercizio dell'impresa del debitore fallito, tramite la concessione in godimento a un terzo, come avviene nel caso dell'affitto d'azienda endofallimentare.

Se l'impresa ha un valore positivo, continuarne l'esercizio sarebbe rispondente all'interesse del *gruppo* dei creditori; mentre la cessazione dell'impresa si imporrebbe se essa non risultasse suscettibile di tornare a produrre ricchezza.

L'istituto dell'affitto è volto a conciliare il vantaggio per i creditori di una valorizzazione degli *asset* ancora positivi dell'azienda, che un'interruzione immediata dell'esercizio dell'impresa a seguito della dichiarazione del fallimento potrebbe disperdere, con gli svantaggi del rischio di impresa. I creditori, che nella continuazione dell'impresa nell'insolvenza assurgono a centro di imputazione del rischio dell'attività, vengono sgravati da tale fardello, trasferito in capo al soggetto,

³⁴ In questo senso P. SANDULLI, *In tema di affitto d'azienda*, cit., 685 s.; R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 1432; A. BONSIGNORI, *Profilo sistematico*, cit., 42, 43 n. 3; M. GRANDI, *Le modificazioni*, cit., 337. A favore dell'affitto di azienda nel fallimento già nel vigore del testo originario della legge fallimentare: U. AZZOLINA, *Il fallimento*, cit., 835; G. C. M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 13 ss.; A. DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, cit., 416 s.

cui è affidata in via esclusiva, tramite la concessione in godimento, la gestione dell'azienda.

Ma tali considerazioni, in via generale valide, devono essere rapportate alla posizione dei singoli creditori. Qui le difficoltà di ricostruzione si acuiscono. La generica comunanza di fini tra creditori non è infatti in grado di renderli un gruppo coeso. All'interno della categoria dei creditori possono riscontrarsi posizioni differenti e conflitti potenziali tra queste.

Si guardi in primo luogo alla situazione dei creditori muniti di diritti di prelazione. Tali creditori, in grado di soddisfarsi sul ricavato dalla vendita del bene oggetto del diritto di prelazione, che possa, per i casi di nostro interesse, far parte del complesso aziendale, quando il valore di tale bene superi l'ammontare del credito rimasto inadempito, consentendo l'integrale soddisfacimento del prelazionario, potrebbero non avere interesse a una continuazione dell'attività di impresa del fallito. La valorizzazione del "bene azienda" complessivamente inteso potrebbe non riguardare il titolare di una causa legittima di prelazione, indifferente alla dissoluzione di valori ulteriori nel patrimonio del fallito che la fine dell'impresa con la dichiarazione di fallimento comporterebbe. I creditori con diritto di prelazione potrebbero mirare a una liquidazione rapida, anche a discapito del massimo realizzo. Ciò a differenza di quanto avviene per i chirografari, che puntano, per conseguire la maggior somma possibile a copertura del proprio credito rimasto- e destinato a rimanere in percentuale, nella maggior parte dei casi considerevole come la prassi dimostra, anche con la chiusura del fallimento- inadempito, a valorizzare il patrimonio del fallito, e a ottenere così il massimo realizzo in sede di liquidazione.

Il conflitto tra chirografari e prelazionari è tema non esclusivo peraltro del fallimento³⁵, ma ha implicazioni in tutte le procedure concorsuali, basti pensare, per l'ordinamento statunitense, alle difficoltà che la differenziazione tra gruppi di creditori, portatori di interessi contrastanti, può creare nella raccolta del consenso nel corso di una procedura *ex Chapter 11*.

³⁵ Si veda sulla problematica per un approccio *de iure condendo* L.A. BEBCHUCK, *A New Approach to Corporate Reorganizations*, in *Harvard Law Review*, 101, 1988, 775 ss., P. AGHION-O. HART - J. MOORE, *Improving Bankruptcy Procedure*, in *Washington University Law Quarterly*, 72, 1994, 849 ss.

Se nell'ambito del fallimento la problematica è avvertita in misura inferiore, emerge di nuovo con preponderanza se si debbano prendere in esame istituti quali l'affitto dell'azienda del fallito, che potrebbe comportare ritardi nella liquidazione, e come tale risultare in contrasto con l'interesse di una certa categoria di creditori.

E' chiaro che i creditori che si siano cautelati al momento del sorgere dell'obbligazione, o comunque nel periodo in cui l'impresa si presentava ancora *in bonis*, ottenendo un diritto di prelazione su un bene del patrimonio del debitore, potrebbero soddisfarsi integralmente e immediatamente sul ricavato dalla vendita del bene oggetto del loro diritto. In questo modo, ad esempio, il creditore garantito da ipoteca capiente su un immobile appartenente alla massa attiva fallimentare è tendenzialmente indifferente alla sorte del resto del patrimonio, ed ha interesse esclusivo a che il bene ipotecato venga nel più breve tempo possibile liquidato, nonostante ciò possa risultare pregiudizievole per gli altri creditori. E tale situazione di conflitto si acuisce se il bene oggetto del diritto reale di garanzia, per rimanere all'esempio riportato, risulti far parte del complesso aziendale del fallito, e sia dunque necessario alla prosecuzione dell'attività di impresa tramite l'affitto.

Non può dunque, senza qualche perplessità, affermarsi che l'affitto dell'azienda del debitore a seguito della dichiarazione di fallimento risponda, quanto meno in linea generale e astratta, all'interesse dei creditori muniti di cause legittime di prelazione.

Ma i creditori privilegiati non costituiscono l'unica categoria di riferimento possibile per rilevare la non unità di obiettivi all'interno del vasto *genus* del ceto creditorio³⁶.

Si pensi a fornitori, finanziatori strategici e creditori che si trovino in rapporto di dipendenza economica con il fallito. Per gli appartenenti a tali gruppi sarà sicuramente più forte l'interesse a una prosecuzione dell'attività di impresa del fallito, consentendo la continuazione, nei limiti, vedremo, in cui questa sarà possibile, dei rapporti contrattuali instaurati prima del fallimento con la propria controparte, nei confronti dell'affittuario.

³⁶ Per alcune riflessioni sul tema della difficoltà di una classificazione dei creditori F. GUERRERA, *Struttura finanziaria, classi dei creditori e ordine delle prelazioni nei concordati delle società di capitali*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. FORTUNATO, G. GIANNELLI, F. GUERRERA, M. PERRINO, Milano, 2011, 252 ss.

La fine dell'impresa del debitore, invece, avrebbe conseguenze sicuramente negative che andrebbero a estendersi a tali categorie di soggetti, con il rischio di innescare meccanismi di crisi a catena, dagli effetti non facilmente calcolabili. La continuazione, sia pur temporanea, dell'impresa del fallito in questi casi potrebbe condizionare l'esistenza stessa delle attività imprenditoriali eventualmente svolte da creditori strategici e fornitori, sia per il rilievo dell'eventuale prestito, sia in quanto il rapporto con il fallito rappresenti l'unica o la più rilevante fonte di transazioni per il creditore.

L'affitto d'azienda in questa direzione risulterebbe pienamente rispondente all'interesse di tali creditori, che trarrebbero giovamento dalla concessione in godimento dell'azienda all'affittuario, al fine di mantenere in vita il complesso aziendale e non sfociare in un'interruzione brusca dell'impresa del debitore.

Ma al di là delle differenziazioni all'interno del ceto creditorio, in rapporto alla titolarità di un interesse più o meno intenso alla prosecuzione dell'impresa, il dato davvero interessante va individuato in ciò: con l'attribuzione a un terzo del potere gestorio sull'azienda, e del parallelo rischio di impresa, si perviene a una valorizzazione del compendio, scevro dalle passività pregresse, senza che l'alea circa l'esito dell'impresa gravi sui creditori. Si ripristina cioè il rapporto tradizionale potere-rischio tipico dell'impresa solvibile. Ed è quanto avviene con l'affitto.

D'altronde, la necessità di distinguere tra la gestione dell'impresa da parte del debitore che ha condotto al fallimento e l'azienda che, depurata dalle passività accumulate, risulti ancora in grado di approdare a risultati positivi sul piano economico, non è prerogativa esclusiva dell'ordinamento italiano. Nell'ordinamento tedesco, ad esempio, è chiaro il *favor* del legislatore verso operazioni di reimpiego aziendale che consentano una scissione tra esercizio dell'impresa per il tramite dell'azienda e *Unternehmensträger* insolvente, in modo da recuperare il parallelismo tra gestione dell'impresa e relativo rischio. A tale schema risponde l'istituto dell'*Unternehmenspacht*³⁷, l'affitto d'azienda per l'appunto, nella procedura di insolvenza, con particolare riferimento alle regole di responsabilità che tendono a

³⁷ L'istituto è presente, con le medesime funzioni, anche nell'ordinamento austriaco. Sul punto viene in rilievo il disposto del § 117 *OInsO*, che prevede la possibilità che il curatore disponga la *Verpachtung* dell'*Unternehmen* del debitore insolvente, nel corso della liquidazione, accanto alla vendita.

escludere l'imputazione delle passività pregresse in capo all' *Erwerber*, il concessionario dell'azienda, sia nelle regole procedurali che vadano a semplificare l'operazione, anche se di concessione in godimento anziché di trasferimento.

Ancora, è possibile, sempre per l'ordinamento tedesco, far cenno all' *übertragende Sanierung*³⁸, come operazione che, pur orientata al risanamento dell'impresa in crisi mediante alienazione dell'azienda, presenta profili di notevole interesse, potendo essere imperniata in una prima fase sulla concessione dell'azienda *in godimento* a un terzo, anche una società, in vista del trasferimento.

Con tale nozione si fa in generale riferimento a tutte le misure necessarie e opportune³⁹ per trarre un'impresa fuori da una situazione di crisi, in cui sia a rischio la sua stessa sopravvivenza sul mercato⁴⁰. Dunque la *übertragende Sanierung* va intesa come operazione orientata a garantire la sopravvivenza dell'impresa⁴¹

³⁸ A ben vedere il concetto di *übertragende Sanierung* non trova compiuta definizione da parte del legislatore tedesco, non costituendo un termine giuridico positivo. La sua elaborazione si fa risalire a Karsten Schimdt, che lo ha formulato per la prima volta all'inizio degli anni '80 (si veda K. SCHMIDT, *Organverantwortlichkeit und Sanierung in Insolvenzrecht der Unternehmen*, in ZIP *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*, 1980, 328, 337). La *Referententwurf* all'*InsO* definisce così il concetto: "*Übertragende Sanierung ist die Übertragung eines Unternehmens, Betriebs oder Betriebsteil von dem Insolvenzträger auf einen anderen, bereits bestehenden oder neu zu gründenden Rechtsträger*", A 78 s., aa. RefE *InsO*.

³⁹ Come misure di risanamento possono venire in rilievo sia misure economico-finanziarie che misure giuridiche. Tra le misure economico-finanziarie si possono citare interventi di razionalizzazione di settori operativi dell'impresa, come ad esempio il settore del personale, produzione, sviluppo, gestione dei materiali, vendite e gestione generale. Tra le misure giuridiche si può far riferimento, tra l'altro, a operazioni quali riduzione di capitale o ingresso di nuovi soci nel caso in cui l'impresa sia gestita in forma societaria, o ancora a interventi di ristrutturazione aziendale, come ad esempio operazioni di fusione o *Betriebsaufspaltung*. Cita la *Betriebsaufspaltung* tra le misure che possono essere adottate nell'ambito di una operazione di *Sanierung*: J. WELLENSIEK, *Übertragende Sanierung*, NZI *Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung*, 2002, 235.

⁴⁰ J. WELLENSIEK e T. OBERLE, § 66, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, a cura di H. J. Priester, 2 ed., Beck, 2003 Rdn. 1; J. WELLENSIEK, *Übertragende Sanierung*, cit., 233; A. HAGEBUSCH, T. OBERLE, *Gläubigerbefriedigung durch Unternehmenssanierung: die übertragende Sanierung - Eine Bestandsaufnahme vor dem Hintergrund jüngster InsO-Reformen*, NZI *Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung*, 2006, 618.

⁴¹ È la possibilità di risanamento (*Sanierungsfähigkeit*) dell'azienda, e dunque la non irreversibilità della situazione di crisi, a costituire elemento discriminante nella scelta tra liquidazione e dissoluzione o piuttosto *Sanierung*. La dottrina che più si è occupata del tema ritiene che possa sussistere *Sanierungsfähigkeit* laddove, operando un giudizio prognostico, l'applicazione delle misure di risanamento possa comportare al termine delle manovre "*ein Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben*", si veda J. WELLENSIEK, *Übertragende Sanierung*, cit., 235; K.H. MAUS, *Sanierungskonzepte als Voraussetzung für den Kauf von Krisenunternehmen*, in DB-*Der Betrieb*, 1991, 1133; P.J. GROSS, *Grundsatzfragen der Unternehmenssanierung*, in DStR *Deutsches*

(*Unternehmen*), il che non necessariamente coincide con la sopravvivenza sul mercato dell'*Unternehmensträger*. Anzi l'operazione in parola si concreta in una scissione tra *Unternehmen* e *Unternehmensträger*, tra azienda e imprenditore che la stessa organizza e gestisce⁴²

Tra le misure di *Sanierung*, si presenta di particolare interesse rispetto al tema principale del presente lavoro la *Betriebsaufspaltung*⁴³, che si configura nella forma base come operazione di scissione aziendale, in cui l'*Einzelunternehmen* o la *Personengesellschaft* concedono in affitto una parte dei mezzi di produzione e dei singoli componenti aziendali (secondo lo *Steuerberatermodell*⁴⁴) o l'intera azienda (secondo il modello del *Betriebspacht*⁴⁵) a una *Kapitalgesellschaft* (società di capitali) di nuova formazione, che gestisce l'impresa in nome e per conto proprio⁴⁶.

L'affitto d'azienda nell'ordinamento tedesco può così divenire tanto strumento orientato ad agevolare la liquidazione unitaria dell'azienda, quanto momento inquadrato in una più ampia operazione di salvataggio di un'impresa in crisi o insolvente, libero da pregiudizi dogmatici e impostazioni troppo rigide che possano limitarne l'utilizzo, nell'ottica di valorizzazione dell'autonomia privata che connota l'*InsO* tedesca, sia pure in funzione del prioritario soddisfacimento concorsuale dei creditori.

Steuerrecht, 1991, 1572. Sui metodi di esame e sugli aspetti pratici si veda: J. WELLENSIEK, A. SCHLUCK-AMEND, *Die GmbH in der Krise und in der Insolvenz*, in *Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht*, München, 2014, § 23.

⁴² J. WELLENSIEK e T. OBERLE, § 66, cit., Rdn. 1; J. WELLENSIEK, *Übertragende Sanierung*, cit., 233; A. HAGEBUSCH, T. OBERLE, *Gläubigerbefriedigung*, cit., 618.

⁴³ È stata definita come un modello parallelo di affitto d'azienda, distinto dall'*Unternehmenspacht* e caratterizzato da un legame genetico tra *Verpächter* (concedente) e *Pächter* (affittuario), che, laddove disposto nell'ambito di una procedura di insolvenza, può essere orientato a obiettivi di risanamento aziendale.

⁴⁴ Sul punto: H.-J. PRIESTER, in *Abschied von der Betriebsaufspaltung?*, a cura di H.-J. PRIESTER, W. TIMM, Köln, 1990, 1.

⁴⁵ G. FELIX, *Kölner Handbuch der Betriebsaufspaltung und Betriebsverpachtung*, Köln, 4 ed., 1979, 1, 9 ss.; H. BENTLER, *Das Gesellschaftsrecht der Betriebsaufspaltung - Insbesondere die Verzahnung der Gesellschaftsverträge*, Baden Baden, 1986, 42 s.; N. HERZIG, W. KESSLER, *Typologie der Betriebsaufspaltungs-Sachverhalte*, in *Festgabe für Günther Felix zum 60. Geburtstag*, a cura di D. CARLÉ, K. KORN, R. STAHL, n. 166, Köln, 75 ss., 103 ss. Sul punto: H.-J. PRIESTER, *Abschied*, cit., 1, 3.

⁴⁶ Dal punto di vista civilistico si veda K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 3 ed., 1997, Köln, 355 s.; H.-J. PRIESTER, *Abschied*, cit., 1 ss. Per un'analisi tributaristica si veda: R. WACKER, § 15 EStG, in *Einkommensteuergesetz: EStG*, a cura di L. SCHMIDT, 34 ed., München, 2014, Rdn. 800 ss., 1215 ss.; H. KNOPPE, *Betriebsverpachtung, Betriebsaufspaltung*, 6 ed., Düsseldorf, 1982, 38 ss., 53 ss.; H. FICHTELMANN, *Betriebsaufspaltung in Steuerrecht*, 8 ed., Heidelberg, 1994, 38 ss.

Ancora, è avvertita intensamente l'esigenza di valorizzare l'impresa insolvente, suscettibile di un potenziale recupero o ricollocazione sul mercato tramite cessione a terzi, con l'obiettivo della massimizzazione del ricavato della liquidazione, ai fini del soddisfacimento dei creditori, anche nella disciplina dell'ordinamento del Regno Unito per la regolazione della crisi di impresa.

L'obiettivo della prosecuzione dell'impresa esercitata dal debitore insolvente si evidenzia nell'ordinamento inglese e in quello scozzese (che presentano una forte tendenza all'armonizzazione delle disposizioni), in particolare, nella procedura della *administration*, disciplinata, insieme alle altre quattro procedure concorsuali per le società⁴⁷ - la *winding up* o *liquidation*, la *receivership*, il *company voluntary arrangement*, e il *moratorium*- dal c.d. *Insolvency Act* del 1986 e dall'*Enterprise Act* del 2002⁴⁸.

L'impostazione di fondo della disciplina della *corporate insolvency*⁴⁹, nel Regno Unito⁵⁰, oscilla tra obiettivi di massimizzazione del profitto per il

⁴⁷ Per la letteratura italiana sul tema P. DE GIOIA- CARABELLESE, *Le insolvenze civili e commerciali nel Regno Unito, in un'analisi comparata con la legislazione italiana*, in *Dir. Fall.*, 6, 2011, 532.

⁴⁸ Va subito premesso che l'ordinamento britannico non individua, quale presupposto soggettivo per l'apertura di una procedura concorsuale di regolazione dell'insolvenza, la qualità di imprenditore commerciale in capo al debitore. E d'altronde, com'è noto, nell'ordinamento inglese le stesse nozioni di *entrepreneur* e di *business-person* rappresentano concetti aziendalistici e non riferimenti giuridici, positivamente riconosciuti dal legislatore.

Nell'ordinamento britannico, piuttosto, ai fini della scelta della procedura per la regolazione della crisi di impresa rileva la forma di esercizio, collettiva o individuale, dell'attività. A ben vedere, procedure concorsuali in senso tecnico sono previste solo per l'impresa collettiva, mentre per il debitore individuale, imprenditore e non, è previsto un procedimento per la regolazione dell'insolvenza meramente civile, la c.d. *bankruptcy* (Sul punto si veda I. FLETCHER, *The Law of Insolvency*, 4 ed., London, 2009, 6).

⁴⁹ Differente è nell'ordinamento britannico a ben vedere anche il concetto stesso di insolvenza, più rigidamente vincolato alla mera fattispecie dell'inadempimento delle obbligazioni sociali, rispetto alla complessità della nozione nel diritto italiano. Peraltro l'*insolvency* non costituisce nell'ordinamento britannico unico presupposto oggettivo per l'accesso a una procedura concorsuale. Ciò in particolare si evidenzia con riguardo alla procedura avente finalità liquidatorie, la *winding up*, in cui si possono ritrovare elementi analoghi a quelli tipici della procedura fallimentare italiana, nella misura in cui presupposto oggettivo ne sia l'incapacità della società di far fronte alle proprie obbligazioni, oppure strutture che richiamino il procedimento di liquidazione societaria, nel caso di società *in bonis* nell'ordinamento italiano. Per questo è stato proposto, con riguardo all'ordinamento del Regno Unito, la qualificazione delle procedure concorsuali connesse anche all'insolvenza come *dissolutions procedure* volte cioè a determinare l'estinzione dell'impresa collettiva, piuttosto che come procedure concorsuali. Va però segnalato come il regolamento CE n. 1346/2000 del 29 maggio 2000 (di seguito per brevità "Regolamento"), relativo alle procedure di insolvenza, entrato in vigore il 31 maggio 2002. Quest'ultimo definisce all'art. 2, *sub a*) come "procedure concorsuali" quelle fondate

soddisfacimento dei creditori- il c.d. *credit wealth maximization*, and *creditors' bargain*⁵¹, per cui la procedura di regolazione della crisi risulta mezzo di recupero del credito collettivizzato, *collectivized debt collection device*, e soluzione per il *common pool problem*, la contitolarità di pretese di più soggetti rispetto a un'unica massa patrimoniale- e inquadramento di carattere procedurale, come foro di

sull'insolvenza del debitore che comportano lo spossessamento parziale o totale e la designazione di un curatore. Per il Regno Unito, all'allegato A, si riporta un elenco di procedure che rispondono a tale definizione: *winding up by the Court*, *creditor's voluntary winding up*, *administration*, *voluntary arrangement* e *bankruptcy*. Tra queste lo stesso Regolamento definisce poi come "procedure di liquidazione" quelle che comportano la liquidazione dei beni del debitore e tuttavia anche se il procedimento si chiude a seguito di concordato o di altra misura che ponga fine all'insolvenza (o è chiusa anche per insufficienza dell'attivo): per il Regno Unito le procedure di insolvenza che rispondono a tale definizione sono quelle dell'allegato B, ossia *winding up by the Court*, *creditor's voluntary winding up* e *bankruptcy*. Se ne ricava che secondo il Regolamento, nel diritto inglese le procedure concorsuali diverse dalla liquidazione sono l'*administration* ed il *voluntary arrangement*. Sul punto in lingua italiana si vedano: L. DANIELE, *Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 33; V. STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 2002, 295; L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 677.

⁵⁰ Ma un cenno merita anche la procedura di insolvenza del debitore individuale, imprenditore e non, per verificare se anche in quest'ambito si possa riscontrare un interesse alla conservazione del *business* eventualmente esercitato dall'imprenditore individuale. Nella *bankruptcy*, l'istanza di fallimento può essere presentata dallo stesso debitore o da creditori chirografari titolari di crediti liquidi ed esigibili pari ad almeno 750 sterline. Lo stato di insolvenza può essere accertato con ogni mezzo, ma si considera comunque sussistente in alcuni casi predeterminati per legge, come ad esempio quando una richiesta formale di pagamento sia rimasta inesaudita per oltre tre settimane, oppure un tentativo di esecuzione forzata sia risultato infruttuoso. L'autorità giudiziaria dichiara il fallimento pronunciando un *bankruptcy order*, ma se l'istanza è stata presentata dal debitore può anticipatamente nominare un soggetto con l'incarico di verificare se sia possibile un *voluntary arrangement*.

Nella fase iniziale eventuali atti urgenti sono compiuti dall'*official receiver*, titolare di un ufficio presso ogni sede giudiziaria che provvede anche alla convocazione dell'assemblea dei creditori. A questi ultimi spetta la nomina del *trustee*, che deve essere professionalmente qualificato come *insolvency practitioner* ed ha ampi poteri per la vendita dei beni e la distribuzione del ricavato ai creditori, subordinatamente in alcuni casi all'autorizzazione del giudice o del comitato dei creditori. Non è prevista una fase giudiziale di accertamento del passivo, salva comunque la possibilità di opposizione nel caso che il *trustee* non riconosca il credito. Al *trustee* spetta la gestione del patrimonio del fallito, e si ritiene, nel caso in cui debitore sia un soggetto imprenditore, anche del *business*, con prospettive di gestione provvisoria e successiva alienazione dell'azienda. Come si vede, a un soggetto terzo rispetto al debitore individuale viene attribuita la gestione per un arco di tempo limitato del *business*, con evidenti analogie, pur trattandosi di istituti con natura giuridica e disciplina differenti, rispetto all'affitto endofallimentare di matrice italiana.

⁵¹ Sul punto si veda l'analisi di T. H. JACKSON, *The Logic*, cit., passim.

audizione dei portatori di interessi confliggenti e convergenti rispetto alla crisi di un *business*⁵².

Tra le procedure che possano essere attivate sul presupposto dell'*insolvency* della società, si dipana il bivio tra la *winding up* o *liquidation*, che mira alla cessazione dell'impresa collettiva, ovvero alla terminazione della vita della società e sua espunzione dall'ordinamento, e la *administration*, finalizzata alla salvaguardia dell'impresa in crisi e al suo risanamento, come obiettivo principale, pur potendo sfociare nella liquidazione dell'impresa collettiva come alternativa residuale, in questo caso con esiti simili alla procedura fallimentare italiana, dove la fase liquidatoria viene integrata da un momento gestionale di continuazione dell'impresa, cui l'affitto endofallimentare è funzionale.

Nella procedura di *winding up* la società non esercita alcuna forma di *business*, salvo il potere dei *liquidators* di esercitare gli affari della società necessari alla *winding up* stessa, mantenendo però inalterata la personalità giuridica fino allo scioglimento, la c.d. *dissolution*. Sul punto utile il richiamo all' *Insolvency Act 1986 Schedule 4, paragraph 5*, che disciplina i poteri dei liquidatori in *winding up*, prevedendo il “*power to carry on the business of the company so far as may be necessary for its beneficial winding up*”. Così pure nell'ambito della procedura con finalità tipicamente estintive emerge che la prosecuzione dell'impresa potrebbe atteggiarsi come funzionale alle esigenze liquidatorie della procedura.

Nell'*administration* invece l'*administrator* viene qualificato come organo di tipo procedurale, nominato tra soggetti esterni alla società, con funzioni di controllo dell'operato del *board*, che continua comunque a svolgere la sua attività di gestione della *company*, e la società prosegue nell'esercizio dell'attività di impresa, con obiettivi di risanamento (*corporate rescue*) piuttosto che di realizzazione dell'attivo (*asset realisation*). Bisogna comunque evidenziare come nonostante le finalità di salvaguardia e riconversione dell'impresa in crisi, l'*administration* potrebbe

⁵² Per queste ultime riflessioni si veda: V. FINCH, *Corporate Insolvency Law Perspectives and Principles*, 2 ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 43; A. FLESSNER, *Philosophies of Business Bankruptcy Law, an International Overview*, in J. S. ZIEGEL, *Current Developments In International and Comparative Insolvency Law*, Oxford, 1994, *passim*.

concludersi comunque con la liquidazione, là dove il tentativo di risanamento abbia esito negativo⁵³.

La dottrina più avveduta tende di recente a ritenere che dalla riforma dell'*Enterprise Act* del 2002 emerga nel legislatore un'impostazione di favore rispetto all'*administration*, e dunque alla conservazione dell'impresa in crisi, pur nella consapevolezza dei rischi corsi dai creditori, per i quali come visto si tentano di elaborare correttivi, piuttosto che alle ulteriori procedure concorsuali⁵⁴, e nell'ambito dell'*administration* rispetto a quelle la cui nomina venga effettuata al di fuori della Corte⁵⁵. Invece, non è consentito il ricorso alla procedura per il solo fine dichiarato della conservazione di posti di lavoro.

⁵³ Tre sono i possibili esiti della procedura: l'integrale ripristino delle potenzialità reddituali dell'impresa collettiva, un piano di riparto concordato con i creditori, ma anche la liquidazione della società, pur presentandosi tale opzione come residuale, nel disegno legislativo, rispetto alle prime due finalità.

⁵⁴ Così A. KEAY- P. WALTON, *Insolvency Law, Corporate and Personal*, Jordan, Bristol, 2008, 42.

⁵⁵ Con l'*administration* la direzione sulla gestione della società viene affidata a un organo esterno rispetto alla società con caratteristiche di indipendenza (*administrator*).

Anche nel caso in esame, peraltro, l'insolvenza non risulta presupposto unico, nonostante in concreto il più frequente e di maggior rilievo, per l'apertura della procedura.

L'apertura della procedura può seguire a un provvedimento giurisdizionale, a seguito di istanza presentata alla *Court* da alcuni dei soggetti legittimati- società, amministratori e creditori- oppure anche in assenza di un provvedimento della *Court*, novità introdotta con l' *Enterprise Act* del 2002.

L'accoglimento dell'istanza di *administration order* è subordinato all'accertamento dell'insolvenza della società o della ragionevole probabilità della stessa (il c.d. rischio di insolvenza), con necessità di un giudizio prognostico da parte dell'autorità giurisdizionale, sulle prospettive reddituali della società.

Tra gli effetti dell'apertura dell'*administration* la sospensione (*moratorium*) di tutte le procedure ed azioni dei creditori proposte contro la società, comprese le escussioni (*enforcement*) di garanzie, anche reali come i pegni.

Interessante soffermarsi sugli scopi della procedura: l'*administration* ha come obiettivo primario la conservazione dell'impresa sociale, e il suo finale risanamento e recupero al mercato, in questo presentando evidenti punti di contatto con il concordato preventivo italiano. Ma, a ripristinare analogie con il fallimento, soccorre il comunque possibile, sia pur indesiderato, esito liquidatorio della procedura. Infatti, primario scopo dell'*administration* è quello del salvataggio della società e dell'azienda conferita; ma scopi secondari sono quelli del raggiungimento di un risultato maggiormente rispondente all'interesse dei creditori rispetto a quello realizzabile tramite la procedura di *winding up*, e della eventuale liquidazione del patrimonio sociale, mediante alienazione dei beni che ne fanno parte, per ripartire il ricavato tra i creditori. L'*Insolvency Act, Schedule B, § 3.1* stabilisce che "*the administrator of a company must perform his functions with the object of: (a) rescuing the company as going concern, or (b) achieving a better result for the company's creditor as a whole than would be likely if the company were wound up (without first being in administration), or (c) realising property in order to make a distribution to one or more secured or preferential creditors*". In proposito A. KEAY, *A comparative analysis of administration regimes in Australia and*

Ai nostri fini risulta interessante notare la preponderanza dell'interesse alla conservazione dell'azienda, cui la continuazione dell'esercizio del *business* da parte dell'*administrator* è funzionale, come specificato dalla *Schedule 1 Insolvency Act 1986*, sui poteri dell'*administrator* tra cui viene individuato il “*power to carry on the business of the company*” e il “*power to establish subsidiaries of the company*”, e “[...] *to transfer to subsidiaries of the company the whole or any part of the business and property of the company*”.

E' dunque un quadro piuttosto ampio in cui si prospetta la prosecuzione dell'attività di impresa da parte della società, sotto la gestione dell'*administrator*.

Ma, ai fini della presente analisi, l'attenzione va posta in via precipua sulla disposizione di cui al paragrafo 17 della *Schedule 1*, dove si menziona il potere dell'*administrator* “*to grant or accept a surrender of a lease or tenancy of any of the property of the company, and to take a lease or tenancy of any property required or convenient for the business of the company*”. Viene dunque riconosciuta la possibilità di ricorrere allo strumento dell'affitto (*lease* o *tenancy*) nell'ambito della gestione dell'impresa da parte dell'*administrator*, e ciò per la valorizzazione del patrimonio sociale in vista del risanamento dell'impresa, ma in caso di esito negativo del tentativo di riconversione e recupero della società, anche al fine di massimizzare l'eventuale ricavato dalla liquidazione.

Nell'ordinamento italiano, l'affitto endofallimentare risulta almeno da un punto di vista rispondente all'interesse dei creditori, chirografari e non: il valore del patrimonio in sede di liquidazione non subirà diminuzioni rispetto al momento della dichiarazione di fallimento, si consentirà eventualmente una cessione in blocco dell'azienda, e si massimizzerà il ricavo dalla vendita del complesso aziendale⁵⁶.

Tale obiettivo viene raggiunto senza gravare i creditori del rischio di impresa, accollato a un terzo, l'affittuario, realizzando una riallocazione efficiente, rispetto al *controllo* dell'impresa medesima. Sono altri e diversi i rischi che i

the United Kingdom, in OMAR (a cura di), *International insolvency law: themes and perspectives*, Farnham, 2013, 112, osserva che “*rescuing the company as a going concern [...] means “the company and as much of its business as possible”*”. “*Consequently, priority is given to the saving of the business of the company*”, con la precisazione, però, che “*the rescue of the company is paramount, but [the law is] realistic and provide[s] that if this is not possible, then the aim is to get a better result for creditors than they would get if the company entered liquidation*”.

⁵⁶ Così, M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 685.

creditori potranno correre nell'operazione, non relativi, o comunque non immediatamente riferibili, all'alea dell'attività: il rischio di una gestione infruttuosa dell'affittuario, o quello, tipicamente contrattuale, di inadempimento, per i quali peraltro il legislatore ha introdotto appositi correttivi, che si esamineranno in seguito.

Se è vero dunque che si possono riscontrare difficoltà nell'individuare una categoria unitaria in riferimento al ceto creditorio⁵⁷, il cui interesse costituisca parametro per orientare l'interpretazione delle disposizioni in materia di affitto endofallimentare, non di meno è vero che il contratto ripristina il rapporto fisiologico tra gestione e *controllo* dell'impresa e rischio, che l'insolvenza aveva compromesso, a danno dei creditori.

Per questo non si può fare a meno di pensare l'istituto in analisi nella sistematica della legge fallimentare e nel contesto della procedura. Per far ciò va inquadrato il rapporto tra affitto d'azienda e finalità della procedura di regolazione concorsuale della crisi dell'impresa per il soddisfacimento, nel rispetto della *par condicio*, dei creditori concorrenti.

3.1.1 (segue): il rilievo, per una lettura sistematica dell'istituto dell'affitto endofallimentare, della tutela generale del ceto creditorio come obiettivo primario della procedura.

L'analisi dell'istituto dell'affitto dell'azienda nel fallimento non può prescindere dal panorama delle finalità e funzioni della procedura fallimentare, come procedura di disciplina ordinata dell'insolvenza dell'imprenditore, non più in grado di adempiere regolarmente e con mezzi normali di pagamento alle proprie obbligazioni. Il punto di partenza tradizionale è rappresentato dall'ammissione del ruolo principale della protezione dei creditori e del rispetto della parità di trattamento nella ripartizione del patrimonio residuo del debitore come funzione

⁵⁷ Si vedano G. TERRANOVA, *Conflitti di interesse*, cit., 172; F. GUERRERA, *Strutture*, cit., 252 ss. Si veda per la distinzione tra interesse di gruppo e interesse di serie N. JAEGER, *Il fallimento*, cit., *passim*.

della procedura⁵⁸. D'altronde la tutela del ceto creditorio costituisce la "stella polare" delle procedure di regolazione della crisi di impresa anche in ordinamenti diversi da quello italiano⁵⁹. Nell'ordinamento tedesco è addirittura il § 1 *InsO* a enucleare le finalità della procedura, orientata al soddisfacimento concorsuale dei creditori tramite la liquidazione del patrimonio del debitore o tramite una diversa disciplina predisposta nell'*Insolvenzplan*, con particolare riferimento alla conservazione dell'impresa. Al contempo però l'obiettivo della conservazione dell'impresa in crisi assurge a strumento per il raggiungimento delle finalità della procedura di insolvenza e trova espressa menzione proprio nella norma introduttiva dell'*InsO*⁶⁰.

⁵⁸ Sugli obiettivi delle procedure di insolvenza si vedano L. CAPRIO, *L'efficienza economica delle procedure di gestione del dissesto in Italia, un'interpretazione delle evidenze empiriche della ricerca*, in *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia: un'analisi economica*, Milano, Studi e Ricerche del Microcredito Lombardo, 1997, 5 ss.; L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa*, cit., 15 ss.; D. GALLETI, *La ripartizione*, cit., 49 ss. Attribuisce considerazione a istanze diverse rispetto a quelle dei creditori, e va menzionato dunque per l'originalità della soluzione, nonostante il quadro di riferimento non sia limitato al solo fallimento ma aperto anche alle altre procedure concorsuali, e in particolare all'amministrazione straordinaria, A. ROSSI, *Il valore*, cit., 603. Per una ricostruzione storica delle "tendenze" evolutive delle procedure concorsuali nel nostro ordinamento, A. NIGRO, *La disciplina*, cit., 20 ss.

⁵⁹ Secondo B. LIBONATI, *La tutela*, cit., 12, però, la tutela dei creditori, pur assumendo posizione preminente, in questa logica, "non è il fine, ma il mezzo. In realtà ciò che muove il discorso non è l'istanza logica, o ontologica, di dare soddisfazione a chi ha concesso credito; è invece l'istanza economica a consentire a chi ha concesso credito di vedersi rimborsato, affinché possa riattivare, con la sua disponibilità, il mercato finanziario e così il sistema produttivo".

⁶⁰ Com'è noto (ma non è questa la sede per una disamina approfondita della sistematica generale della legge sulla procedura di insolvenza tedesca), l'*Insolvenzordnung* del 1994, entrata in vigore il 1 gennaio 1999, ha sostituito la *Konkursordnung* del 10 febbraio 1877 e la *Vergleichsordnung* (la legge sul concordato preventivo previgente) del 26 febbraio 1935; nonché la legge sulla procedura esecutiva concorsuale (*Gesamtvollstreckungsordnung*) in vigore nella cessata D.D.R.

Il nodo focale della riforma è costituito dalla previsione di una procedura unitaria che ingloba in sé le due distinte previgenti procedure: la procedura fallimentare e quella concordataria, che perdono la loro unicità per fondersi in una nuova costruzione d'insieme. È nell'ambito di tale sistema organico che si innerva il bivio procedurale tra spossessamento del debitore e trasferimento dell'amministrazione della massa al curatore o conservazione dell'amministrazione dei propri beni al debitore insolvente. Va precisato che la procedura di insolvenza non è riservata ai soli imprenditori commerciali nel sistema tedesco, ma anche al debitore civile, per garantire la possibilità in ogni caso di una esecuzione concorsuale della responsabilità dell'obbligato, a garanzia della *par condicio creditorum*. Fulcro della disciplina e paradigma della stessa è però quello della regolazione della crisi d'impresa, come può intuirsi già alla luce delle finalità, enucleate dal § 1 *InsO*, della procedura, orientata al soddisfacimento concorsuale dei creditori tramite la liquidazione del patrimonio del debitore o tramite una diversa disciplina predisposta nell'*Insolvenzplan*, con particolare riferimento alla conservazione dell'impresa. L'obiettivo della conservazione dell'impresa in crisi assurge a

Anche la disciplina della *corporate insolvency* nel Regno Unito trova finalità precipua da un lato nella tendenziale massimizzazione del ricavato dalla vendita del patrimonio del debitore da distribuire ai creditori- si fa riferimento al c.d. *credit wealth maximization*, and *creditors' bargain*⁶¹, per cui la procedura di regolazione della crisi risulta strumento di tutela del credito collettivizzato, *collectivized debt*

strumento per il raggiungimento delle finalità della procedura di insolvenza e trova espressa menzione proprio nella norma introduttiva dell'*InsO*.

E d'altronde l'istanza che anima il legislatore tedesco verso la valorizzazione degli *asset* ancora positivi del complesso aziendale del debitore in crisi si nota già a partire dai presupposti oggettivi per l'apertura della procedura, non rappresentati esclusivamente dall'insolvenza (§ 17 *InsO*) e dallo sbilancio patrimoniale (§ 19 *InsO*) (quest'ultimo, com'è noto, presupposto dell'apertura del procedimento nei confronti delle persone giuridiche o delle società prive di personalità giuridica, in cui nessuno dei soci illimitatamente responsabile sia persona fisica), ma anche dal semplice rischio di insolvenza (*drohende Zahlungsunfähigkeit*) (§ 18 *InsO*), sia pur con legittimazione ad avviare il procedimento ristretta al solo debitore.

Si fa riferimento alla circostanza in cui il debitore prevedibilmente non sarà in condizione di adempiere ai propri debiti al momento in cui essi scadranno: si tratta, quindi, di una prognosi di illiquidità valutata in un periodo di tempo prolungato. Tale arco temporale di previsione non è peraltro determinato dal legislatore, dovendosi propendere per la considerazione anche di debiti a lunga scadenza. Peraltro, il rischio d'insolvenza, proprio per la difficoltà del giudizio *ex ante* circa la futura incapacità di adempiere del debitore, per effettuare il quale il soggetto più idoneo è l'imprenditore stesso, unico a possedere una conoscenza profonda delle dinamiche di mercato della propria impresa, costituisce presupposto di fallibilità solo quando sia il debitore stesso a chiedere l'apertura del procedimento (non, quindi, quando essa venga richiesta da un creditore). Tale previsione, da un lato, evidenzia la propensione del legislatore dell'*InsO*, in accordo con una tendenza diffusa anche in altri ordinamenti europei, ad anticipare il momento dal quale poter avviare una procedura concorsuale, nella convinzione che la razionalità di un'esecuzione concorsuale possa costituire strumento di gestione della crisi di impresa più idoneo a salvaguardare il patrimonio aziendale e a garantire il miglior soddisfacimento dei creditori; da ciò la valorizzazione dei c.d. sistemi d'allarme, che possano consentire di individuare sul nascere i sintomi di una crisi, senza procrastinare l'intervento a quando la situazione sia divenuta irreversibile. D'altro canto, manifesta l'interesse del sistema fallimentare tedesco a non disperdere i valori ancora positivi del complesso aziendale, sia in un'ottica di risanamento dell'impresa, sia in un'ottica di trasferimento a terzi dell'azienda, come fulcro della liquidazione del patrimonio del debitore o come snodo centrale di un'operazione di *Sanierung*.

Dunque, l'istanza di mantenimento della vitalità e dell'efficienza dell'impresa del fallito, nel perdurare della procedura concorsuale, ai fini di risanamento o di liquidazione proficua, permea di sé l'*InsO* a partire dai presupposti oggettivi per l'apertura della procedura di insolvenza. E d'altronde, vari sono gli istituti della legge fallimentare tedesca che rispondono a tale esigenza di "continuità" nell'attività di impresa, di valorizzazione dell'azienda, scevra dalle contingenze negative che ne abbiano causato il dissesto. Proprio su tali istituti si innesta l'affitto d'azienda come soluzione per la gestione provvisoria dell'azienda del fallito, in rapporto come visto alla *vorläufige Fortführung* e all'*Insolvenzplan*, fulcro della nuova *Insolvenzverfahren*. L'analisi delle relazioni tra affitto e istituti funzionali alla gestione dell'azienda del debitore nel corso della crisi consentirà di penetrare le analogie e le differenze con l'istituto italiano dell'affitto endofallimentare, che condivide il comune anelito alla non repentina interruzione, in molti casi equivalente a dissoluzione e dispersione dei valori "positivi", dell'attività di impresa del fallito.

⁶¹ Sul punto si veda l'analisi di T. H. JACKSON, *The Logic*, cit., *passim*.

collection device, e regola rispondente al *common pool problem*, intesa come problematica di gestione di una pluralità di diritti vantati individualmente da più soggetti nei confronti del medesimo patrimonio; dall'altro riflette, però, pure, un'impostazione che intende valorizzare la natura di "procedura" della disciplina della *corporate insolvency*, volta a garantire il bilanciamento degli interessi coinvolti, e la possibilità di sentire in contraddittorio davanti ad un'autorità giudiziaria i relativi titolari, nell'insolvenza del *business*⁶².

Se la procedura della *winding up* o *liquidation*, come visto, ha come obiettivo la terminazione dell'impresa sociale e l'estinzione dell'ente, la *administration* risulta funzionalmente orientata alla conservazione dell'impresa, anche nel presupposto della sua insolvenza, e alla *reorganization*, come scopo primario e prevalente, pur potendo avere esito differente e condurre comunque alla liquidazione del patrimonio della società e alla sua espunzione dall'ordinamento; si tratta però di ipotesi che, per espresso dettato legislativo, dovrebbe presentare natura residuale, in questo caso arrivando a sbocchi analoghi al fallimento, dove la liquidazione viene integrata da una fase di amministrazione del patrimonio del fallito, che nel caso dell'azienda si concreta nella prosecuzione dell'attività di impresa, cui l'istituto dell'affitto endofallimentare è rispondente.

In Italia il fallimento nasce come mezzo per una disciplina ordinata dell'insolvenza, situazione in cui l'imprenditore non risulta più capace di far fronte ai debiti sorti nel corso dell'attività di impresa. Va visto come soluzione lenitiva dell'ordinamento alla crisi non più reversibile dell'impresa dovuta all'indebitamento, fisiologico nel corso dell'attività, che può avere anche esito infausto⁶³.

⁶² Per queste ultime riflessioni si vedano: V. FINCH, *Corporate Insolvency*, cit., 43; A. FLESSNER, *Philosophies*, cit., *passim*.

⁶³ Va dunque senz'altro abbandonata qualunque tentazione di tornare a una visione punitiva del fallimento. Si vedano sul piano europeo gli spunti della *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - "Think Small First" - A "Small Business Act" for Europe*, COM/2008/0394 final.

L'interesse dei creditori, ovvero il loro soddisfacimento in concorso nel rispetto delle cause legittime di prelazione, va considerato dunque come "stella polare" della procedura fallimentare⁶⁴.

Procedure che regolino la crisi di impresa non efficienti e funzionali possono determinare effetti gravi sul mercato del capitale di prestito⁶⁵, andando a incidere negativamente sulle aspettative di recupero del credito⁶⁶, e dunque, in ultima analisi, sulle condizioni di concessione del finanziamento⁶⁷. Dunque, l'attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore per le obbligazioni assunte nel corso dell'attività di impresa assurge a finalità tipica del fallimento.

Come si pone l'istituto dell'affitto d'azienda endofallimentare in tale quadro generale? Si è visto come si possa sostenere che, se si intende con l'affitto d'azienda perseguire l'obiettivo di garantire la continuazione dell'impresa del fallito, non facendone gravare il relativo rischio sui creditori, l'istituto risponda all'interesse del ceto creditorio, sia pur con le dovute differenziazioni.

Non può invece sostenersi senza perplessità che nel caso dell'impresa in crisi che mantenga un valore positivo, di *going concern*, producendo ricchezza, sia pur in misura non sufficiente all'adempimento dei debiti assunti, la prosecuzione dell'attività sia rispondente a tutti gli interessi coinvolti nel fallimento, quali quelli dei creditori, dei lavoratori, dei fornitori, all'integrità dei complessi produttivi, alla

⁶⁴ In questi termini L. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 67 ss.

⁶⁵ Sul punto i report LEGAL DEPARTMENT INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Orderly & Effective*, cit., passim WORLD BANK, *Principles and Guidelines*, cit., passim. In dottrina, S. HAGAN, *Promoting Orderly*, cit., 52, 50; V. FINCH, *The Measures of Insolvency*, cit. 230. Si veda anche RACCOMANDAZIONE DELLA COMMISSIONE, *On a new approach to business failure and insolvency*, C(2014) 1500 final, Considerando 4) con riferimento alla disparità di trattamento tra le normative nazionali in materia di ristrutturazione dell'impresa in crisi, ma con riflessioni estensibili al tema dell'inefficienza in generale delle procedure concorsuali, e il DOCUMENTO DI LAVORO DEI SERVIZI DELLA COMMISSIONE, *Valutazione di impatto, Accompanying the document Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency*, SWD(2014) 61 final e il DOCUMENTO DI LAVORO DEI SERVIZI DELLA COMMISSIONE, *Sintesi della Valutazione di impatto, Accompanying the document Commission Recommendation on a new approach to business failure and insolvency*, SWD(2014) 62 final.

⁶⁶ Sul punto A. NIGRO, *La disciplina delle crisi*, cit., 24.

⁶⁷ Ma per la considerazione per cui al di sopra di un certo livello in relazione al tasso di interesse, che in condizioni "normali" può essere aumentato per sopperire all'incremento del rischio di recupero del credito, si va incontro al rifiuto di concessione del prestito da parte dei creditori, per il rischio che un tasso di interesse eccessivamente elevato sia una grande attrattiva per "cattivi" debitori, L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa*, cit., 26, nt. 12, che richiama per la letteratura americana, J.E. STIGLITZ e A. WEISS, *Credit Rationing*, cit., 393 ss.

stabilità del mercato, o di *stakeholders* ulteriori diversi dai creditori⁶⁸. Nel caso di specie, si è argomentato, risultando il valore dell'impresa in attività superiore al valore di liquidazione, intesa come somma del valore dei diversi elementi che la compongono, in una dimensione statica che non guardi al vincolo funzionale dei beni organizzati dall'imprenditore all'esercizio dell'impresa, la prosecuzione dell'attività del fallito risulterebbe rispondente a tutti gli interessi in gioco. Ma, sia pur nella consapevolezza della validità degli argomenti, vanno avanzati cauti dubbi già sul piano teorico (si pensi al titolare di ipoteca su un immobile aziendale, poco interessato alla prosecuzione dell'attività, se non pregiudicato da questa, quanto alla liquidazione immediata del bene ipotecato), e ci si scontra poi sul piano pratico con gli ostacoli relativi alla necessità di esercitare in concreto l'attività di impresa, con le asimmetrie informative tra fallito e organi della procedura, con le prescrizioni legislative di carattere sostanziale e procedurale che possano limitare la discrezionalità nella gestione, e con il rischio che l'attività di impresa generi perdite invece del profitto sperato.

Va, d'altro canto, in parte contestato l'assunto per cui la stipulazione di un contratto d'affitto dell'azienda del fallito comporti senz'altro ritardi nella liquidazione, impedendo la vendita dei singoli beni a possibili acquirenti nel momento in cui si presenti l'occasione agli organi della procedura.

L'affitto non implica necessariamente ritardi nella liquidazione, essendo preordinato proprio alla vendita in blocco dell'azienda, in questo senso inquadrandosi legittimamente come strumento della fase di liquidazione dell'attivo⁶⁹, consentendo di conservare la funzionalità dell'apparato economico-

⁶⁸ Così, invece, L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa*, cit., 68

⁶⁹ In questi termini si esprimeva G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 19, per il quale esistono "dei casi in cui il titolo di godimento dell'azienda è tale da non consentire comunque la liquidazione di questa: di guisa che - esercizio provvisorio a parte - unica risorsa rimane proprio l'affitto. Basti pensare al fallimento dell'usufruttuario d'azienda, quando il titolo costitutivo vieti la cessione dell'usufrutto (art. 980 cod. civ.). In tal caso si potrà tutt'al più ammettere che l'affitto dell'azienda incida sulla liquidazione di quei soli beni che, in quanto disponibili senza intaccare integrità e funzionalità dell'azienda stessa si ritengano - secondo una tesi autorevole, ma molto contrastata - acquisiti in proprietà dell'usufruttuario. Detta tesi porta però a ritenere, per coerenza, che la proprietà dei beni stessi passi ulteriormente all'affittuario: di guisa che, a ben vedere, la stipulazione del contratto d'affitto non solo non rinvierebbe la loro liquidazione, ma s'identificherebbe con essa". Si vedano poi sul punto A. BONSIGNORI, *Liquidazione dell'attivo*, in *Commentario Scialoja-Branca della legge fallimentare*, Bologna- Roma, 1976, sub art. 104, cit., 33, che definisce l'affitto d'azienda

produttivo all'esercizio dell'impresa, l'avviamento, l'aggregazione dei valori patrimoniali e la tutela della professionalità acquisita dai lavoratori.

Si badi, con tale affermazione non si vuole acriticamente aderire alla tesi dell'ammissibilità di un affitto con funzioni liquidatorie, sganciato cioè dal legame funzionale con la vendita futura del complesso aziendale, e con l'obiettivo di un soddisfacimento integrale dei creditori tramite i canoni d'affitto conseguiti dalla procedura⁷⁰.

Per il momento, va rilevato come l'affitto possa essere considerato strumento di amministrazione dell'azienda in funzione della futura vendita, visto il collegamento teleologico (necessario?) alla prospettiva di una cessione in blocco.

L'affitto potrebbe infatti venir riferito alla fase di amministrazione dei beni del fallito, risultando finalizzato all'organizzazione e alla custodia dei beni della massa attiva fallimentare. Il procedimento di liquidazione non esclude la necessità di una gestione, anche "dinamica", dei beni della massa, per cui non si darebbe incompatibilità tra amministrazione e liquidazione. Addirittura, invece, può dirsi che senza una oculata amministrazione e gestione dei beni del patrimonio da liquidare non potrebbe procedersi alla realizzazione di tali beni. La possibilità di massimizzare il ricavato dalla liquidazione presuppone che i beni da alienare siano mantenuti nella piena efficienza e redditività, sino al momento della cessione.

Solo tramite una gestione vitale della massa è possibile garantire la conservazione della funzionalità degli aggregati produttivi attraverso cui si possono efficacemente tutelare gli interessi della produzione e con essi quelli creditorii ed occupazionali. Se la liquidazione è la fase di conversione dei beni in denaro destinato all'adempimento dei debiti rimasti insoddisfatti, una valorizzazione di tali beni, o più semplicemente il loro mantenimento in buone condizioni, non può che

un modo di liquidazione provvisoria dell'attivo; R. PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 1598; e prima ancora F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II ed., Padova, 1931, 221 s., che individua nella conversione in danaro dei beni del debitore pignorato lo scopo della vendita forzata, in cui lo scambio beni-danaro si potrebbe ottenere sia con la locazione sia con la vendita, con la sola differenza che la prima realizzerebbe il reddito della cosa concedendone il godimento temporaneo, mentre la seconda realizzerebbe in danaro il valore della cosa attribuendone il godimento definitivo. Nello stesso senso Cass. 10 agosto 1992, n. 9429, in *Dir. fall.*, 1993, II, 38.

⁷⁰ E' la tesi di A. BONSIGNORI, *Liquidazione dell'attivo*, cit., 33; ID., *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. GALGANO, Padova, 1986, 639 ss.

precedere e risultare essenziale rispetto a tale fase della procedura. Si è, peraltro, correttamente sostenuto che “se viene rispettato anche nel fallimento il meccanismo di conservazione delle normali dotazioni di scorte, nonché quello di regolare in denaro la differenza tra le consistenze di inventario all’inizio ed al termine dell’affitto (artt. 2562 e 2561 c.c.), nulla viene sottratto alla liquidazione vera e propria ed alle aspettative dei creditori”⁷¹. Dunque anche alla luce dell’obiettivo liquidatorio del patrimonio del debitore assoggettato alla procedura, sembra che il contratto di affitto dell’azienda del fallito si inserisca come momento utile nella fase dell’amministrazione del bene “azienda”.

Amministrazione del bene azienda, dunque, nella fase di liquidazione, e spostamento del rischio di impresa dai creditori all’affittuario: ritornano i due momenti essenziali nell’istituto, funzionale al soddisfacimento dei creditori. Così, l’affitto si inserisce perfettamente nel panorama degli obiettivi della procedura fallimentare, e, anzi, ne consente uno svolgimento equilibrato ed “efficiente” per i creditori e per il mercato.

3.1.2 (segue) il riferimento testuale alla funzionalizzazione dell’affitto “alla più proficua vendita dell’azienda”; la tutela dei creditori come ratio (unica?) della preferenza per le cessioni in blocco.

L’avvenuto riconoscimento legislativo dell’istituto dell’affitto endofallimentare, se da un lato è risultato chiarificatore in merito ai dubbi, già a dire il vero da tempo fugati, circa l’ammissibilità dell’istituto, ha dall’altro creato alcuni problemi interpretativi in merito a condizioni e momenti per l’autorizzazione alla concessione in godimento dell’azienda del fallito in corso di procedura.

A inoltrarsi nell’analisi della lettera dell’art. 104-*bis*, ci si imbatte immediatamente nel nodo esegetico del primo comma della norma, nella parte in cui, sembra prevedere nell’ultimo inciso un legame strutturale, in apparenza insuperabile, tra la disposizione dell’affitto e la futura vendita in blocco del complesso aziendale.

⁷¹ A. BASSI, *Riflessioni sull’affitto di azienda e sull’affitto di opificio nel fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 335, con argomento ripreso da F. FIMMANÒ, *Esercizio provvisorio*, cit., 4.

La norma in parola, infatti, prevede che l'autorizzazione dell'affitto dell'azienda del fallito può essere concessa "quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa". Che la norma crei un vincolo funzionale imprescindibile tra affitto e vendita futura, qualificando l'istituto come "ponte" per la cessione in blocco, è interrogativo su cui ci si dovrà confrontare. Occorre individuare l'esatta portata del riferimento testuale all'opportunità di vendita futura dell'azienda come elemento necessario al fine di poter disporre l'affitto.

Si deve dunque ancora una volta guardare alla *ratio* della nuova normativa in materia di affitto endofallimentare, agli interessi tutelati e al collegamento sistematico con l'intera disciplina della procedura fallimentare e della fase liquidatoria in particolare.

E' chiaro che lo spirito del legislatore della riforma sul punto è stato quello di privilegiare una liquidazione unitaria e razionalizzata dell'azienda del fallito in luogo di un'esecuzione atomistica⁷², che comporterebbe il disperdersi di valori che solo la cessione del complesso produttivo nella sua interezza, o di un ramo dell'azienda nella sua unità funzionale (salvo poi dover determinare quando si sia in presenza di un ramo d'azienda e non di frazioni prive di autonomia produttiva dell'apparato imprenditoriale) può valorizzare.

Basti pensare all'introduzione, sulla scorta di esperienze positive di altri ordinamenti- come quella dell'*Insolvenzplan* che costituisce il perno dell'*Insolvenzordnung* tedesca, che nella sua conformazione in termini di *Liquidationplan* ha sicuramente ispirato la previsione di cui all'art. 104-ter l.fall.- del programma di liquidazione come fulcro pensato della fase di liquidazione⁷³, metodologicamente guidata e ricostruita nelle sue fasi essenziali in via preventiva dal curatore, e sottoposta all'approvazione del comitato dei creditori, posto in grado di conoscere ed esprimere parere vincolante su rischi e strategie che gli organi della procedura intendano seguire. La liquidazione dell'attivo fallimentare è dunque pianificata in anticipo e non più rimessa alle opportunità di realizzazione dell'attivo

⁷² Così anche M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 683 ss.

⁷³ Si veda M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.

che si presentino in maniera poco coordinata ed estemporanea nel corso della liquidazione⁷⁴.

E proprio in seno al programma di liquidazione dovrebbero essere indicate dal curatore le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco.

Ancora, la preferenza legislativa per una cessione unitaria dell'azienda del fallito si denota anche nelle diverse procedure di liquidazione dell'attivo fallimentare introdotte dall'art. 107 l. fall., nel senso di eliminare l'ormai vetusto rinvio alle norme in materia di esecuzione forzata del codice di procedura civile, che poteva costituire un ostacolo alla cessione unitaria dell'azienda in sede fallimentare, non prevedendo la possibilità di un'esecuzione *in blocco*, introducendo al contrario procedure più snelle ed elastiche, rimesse nel loro contenuto alla discrezionalità del curatore fallimentare, purché ne venga assicurato il carattere competitivo, la pubblicità e la trasparenza⁷⁵.

Dato decisivo, poi, nell'evidenziare il *favor* legislativo per le cessioni in blocco è da riscontrare nel testo dell'art. 105 l. fall., che nel disciplinare la vendita endofallimentare dell'azienda prevede che l'opzione per la liquidazione atomistica dei singoli beni debba configurarsi come residuale, adottabile solo allorché risulti prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori⁷⁶.

Proprio l'ultimo inciso dell'art. 105 l. fall. consente di riportare l'analisi al momento degli interessi tutelati, per individuare quale sia la ragione che spinge il legislatore a una siffatta preferenza per le liquidazioni "in blocco", rispetto a quelle atomistiche. Sicuramente la cessione del complesso aziendale nella sua interezza consente di massimizzare il ricavo, potendosi valorizzare beni immateriali connessi alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale, o comunque alla cessione dell'apparato produttivo nella sua interezza, sia pur a seguito di interruzione

⁷⁴ Così M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.

⁷⁵ Si veda M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 680 ss.; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.; F. IOZZO, *La liquidazione dell'attivo fallimentare*, in AA. VV., *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. AMBROSINI, Bologna, 2008, 256.

⁷⁶ Si veda M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 681 ss.; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.

dell'attività di impresa originaria del fallito, quali l'avviamento e la clientela. Dunque, la cessione in blocco risulta in primo luogo rispondente all'interesse dei creditori, che possano soddisfarsi sul ricavato dalla vendita dell'azienda del fallito nella maggior percentuale ipotizzabile. Posto ciò, va ribadito come la tutela del ceto creditorio non è l'unica istanza che la preferenza per la cessione in blocco dell'azienda persegue. E' difficile dubitare che la vendita in blocco dell'azienda consenta di soddisfare anche esigenze ulteriori come quella alla conservazione del complesso aziendale che presenti *asset* ancora positivi e che, scevro dalle passività che abbiano determinato l'insolvenza del debitore, possa risultare ancora produttivo di ricchezza, o quello alla tutela dei rapporti di lavoro nell'azienda.

Ma come si pone l'istituto dell'affitto in rapporto alla accennata preferenza del legislatore per le cessioni in blocco?

L'affitto in corso di procedura potrà, e dovrà nel disegno tipico del legislatore, presentare sicuramente carattere prodromico rispetto alla futura vendita. Si potrà cioè disporre l'affitto dell'azienda del fallito- e anzi è questa la funzione tipica dell'istituto- in vista della futura cessione unitaria dell'azienda, per consentire la conservazione di quei valori che un'interruzione repentina dell'attività di impresa del fallito comprometterebbe in via definitiva, e che potrebbero condizionare la vendita in corso di procedura, quantomeno nel senso di un incremento del valore dell'azienda e dunque delle possibilità di ottenere un corrispettivo più elevato in sede di liquidazione.

E l'operazione di vendita potrà già essere programmata al momento dell'autorizzazione dell'affitto, individuando possibili acquirenti, salva poi la necessità di disporre procedure competitive, assicurando pubblicità e ampia accessibilità alla procedura da parte dei soggetti interessati, in base alla previsione di cui all'art. 107 l. fall.

Addirittura le due operazioni potranno risultare connesse dal riconoscimento in via pattizia di un diritto di prelazione da parte dell'affittuario, e in questa direzione l'istituto potrebbe assumere particolare conformazione, rispondendo a esigenze del futuro acquirente di vagliare durante il periodo di concessione in godimento dell'azienda le potenzialità produttive del complesso imprenditoriale del

fallito, e dunque la convenienza di un eventuale successivo acquisto. E qui potrebbe giocare un ruolo decisivo il programma di liquidazione, che, in conformità al disposto dell'art. 104-*ter*, dovrà prevedere sia le possibilità di una futura cessione in blocco sia l'eventuale disposizione dell'affitto endofallimentare in attesa della vendita.

Ma a fronte di tale impostazione tipica, si potrebbe considerare anche l'ipotesi di spazi di autonomia dell'istituto rispetto alla programmazione concreta di una futura cessione in blocco dell'azienda affittata.

3.1.3 (segue) interrogativi sui limiti in cui tale dato letterale costituisca un vincolo per gli organi della procedura nella decisione in ordine all'affitto.

Il riferimento all'opportunità della futura vendita dell'azienda di cui all'art. 104-*bis*, co. 1, l. fall. consente di inquadrare l'istituto come prodromico rispetto alla cessione programmata del complesso aziendale, allo stesso affittuario, e in questa direzione la possibilità di inserire la clausola di prelazione nel contratto d'affitto consentirebbe un ancoraggio sicuro dell'istituto in parola alla vendita, con il riconoscimento all'affittuario del diritto a essere preferito, a parità di condizioni (salvo poi dover affrontare il problema dell'operare del diritto di prelazione rispetto alla necessità di assicurare procedure competitive per la scelta dell'acquirente dell'azienda *ex art. 107 l. fall.*), rispetto ad altri acquirenti dell'azienda o anche a terzi.

Per cui l'affitto dell'azienda assumerebbe le fattezze di strumento di gestione provvisoria dell'azienda del fallito, nell'attesa di individuare i potenziali interessati all'acquisto.

Andrebbe però esaminato in che termini la funzionalizzazione alla vendita futura dell'azienda, in base al disposto dell'art. 104-*bis*, co. 1, risulti condizione necessaria per poter disporre l'affitto endofallimentare.

Potrebbero avanzarsi alcune perplessità sul fatto che la discrezionalità del curatore nella proposta di disposizione dell'affitto risulti limitata, potendosi far ricorso all'istituto solo nel caso in cui sia stata già programmata una successiva cessione in blocco dell'azienda, sia pur nel caso in cui non sia stato ancora individuato un potenziale acquirente.

Ciò a meno di non voler ridurre la funzionalizzazione alla vendita a mera dichiarazione di intenti (in questo senso svuotando di significato la prescrizione, perché in qualunque caso, eventualmente anche là dove si programmi esplicitamente una liquidazione atomistica dei beni o un piano per il soddisfacimento dei creditori tramite il canone d'affitto percepito in corso di rapporto, l'eventualità che sopraggiunga l'opportunità di vendere l'azienda nel suo complesso dopo l'autorizzazione dell'affitto potrà sempre verificarsi, procedendosi all'uopo a modificare il programma di liquidazione, stante anche il disposto- questo sì vincolante nel senso di una preferenza della cessione in blocco rispetto alla liquidazione dei singoli beni appartenenti al complesso aziendale- dell'art. 107 l. fall.).

In base a diversi indici normativi si potrebbe considerare, al di là dell'inciso dell'art. 104-*bis* co. 1, che esprime, di certo, la funzionalizzazione *tipica* dell'affitto alla vendita, un diverso e più liberale approccio.

In primo luogo, l'affitto d'azienda può essere disposto anche in una fase antecedente alla presentazione da parte del curatore del programma di liquidazione, al limite anche come prima misura da proporre a seguito della nomina. Si tratta cioè di una fase di molto precedente rispetto alla liquidazione, in cui ancora le determinazioni da parte del curatore rispetto alle modalità di liquidazione dell'attivo non sono state prese, o si presentano in forma del tutto embrionale, per cui la decisione dell'affitto difficilmente potrebbe risultare adottata in vista di una concreta prospettiva di futura vendita.

Altro dato da tenere in conto è la considerazione unitaria degli istituti dell'affitto d'azienda e dell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito da parte del legislatore. I rapporti tra le due fattispecie verranno chiariti successivamente, qui basti segnalare una funzione comune come strumenti di gestione provvisoria

dell'impresa del fallito, da parte degli organi della procedura il primo, da parte di un terzo affittuario il secondo.

A fronte di tale unitaria comprensione risulta distonico un trattamento differenziato tra le due fattispecie, in ordine ai presupposti per la loro disposizione.

Ma l'art. 104 l. fall. in materia di esercizio provvisorio nulla dice riguardo alla necessaria finalizzazione e connessione della continuazione dell'impresa del fallito a una futura operazione di vendita. Una distinzione in termini di condizioni di accesso ai due istituti da parte degli organi della procedura suscita qualche dubbio. Non si vede perché la continuazione dell'impresa del fallito, sia nel caso del c.d. esercizio provvisorio d'urgenza, sia nel caso del c.d. esercizio provvisorio di secondo grado, possa essere senz'altro autorizzata senza tener conto di possibilità di cessioni in futuro, mentre la concessione in godimento a un terzo dell'azienda tramite l'affitto, istituto che presenta minori rischi per i creditori e per la procedura, dovrebbe potersi autorizzare solo nel caso di connessione con una operazione di vendita successiva in sede di liquidazione, già pianificata o da programmare.

Va poi tenuto in conto un ulteriore indice normativo, rappresentato dalla lettera dell'art. 104-*bis*, co. 1, l. fall., che si atteggia in maniera diversa rispetto al tenore dell'art. 105 l. fall. in materia di vendita in blocco dell'azienda. Mentre l'art. 105, co. 1, nel delineare la netta preferenza del legislatore per le cessioni in blocco, dipana la radicale alternativa tra liquidazione atomistica dei beni del complesso aziendale e vendita unitaria dell'azienda o di rami di essa, con chiarezza marcando il carattere necessariamente residuale della scelta per la liquidazione individuale dei singoli beni, meno radicale sembra il tenore dell'art. 104-*bis*, allorché consente di disporre l'affitto “quando *appaia utile* al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa”.

Da ultimo, si deve riflettere sul dato storico della differenza di impostazione tra l'istituto in parola e la disciplina dell'affitto di “aziende socialmente rilevanti” previsto dalla l. 223/1991, che prevedeva una connessione ben più strutturata tra l'affitto e la vendita endofallimentare, tramite l'anello congiuntivo della prelazione legale riconosciuta al terzo affittuario, che si giustificava come incentivo per l'affitto di aziende che presentavano una particolare rilevanza per dimensioni e numero di

occupati, la cui cessazione e smembramento con la liquidazione fallimentare avrebbe determinato gravissime conseguenze sul piano sociale⁷⁷.

La disposizione della l. 223/1991 relativa al riconoscimento del diritto di prelazione legale all'affittuario dell'azienda non è stata riprodotta dal legislatore della riforma della legge fallimentare, che optava per la sicuramente più blanda prelazione convenzionale, da inserire eventualmente come clausola del contratto. Il collegamento tra affitto e futura vendita cessa, dunque, nell'impostazione del legislatore della riforma, di essere strutturale e diventa meramente convenzionale.

Alla luce di tali dati, potrebbe forse essere riconsiderata la possibilità di procedere ad affitto dell'azienda anche là dove sia stata già programmata una liquidazione atomistica dei singoli beni, tanto più che la continuazione dell'impresa e dunque il mantenimento in attività di beni, come macchinari, appartenenti al complesso aziendale potrebbe comunque condizionarne il funzionamento.

Ancora, suscita qualche perplessità l'apodittica negazione dell'ammissibilità di un affitto con finalità liquidatorie in senso stretto. Si tratta di un'ipotesi in realtà poco percorsa nella prassi: l'affitto dell'azienda nel corso della procedura potrebbe venire programmato con finalità di soddisfacimento, tramite il canone pagato dall'affittuario, dei creditori del fallito. A ben vedere, l'ipotesi era già stata avanzata in dottrina pre-riforma, ed era anzi l'unica opzione da alcuni autori⁷⁸ ritenuta ammissibile nel vigore del testo originario della legge fallimentare. Oggi, alla luce del nuovo testo dell'art. 104-*bis*, contestarne addirittura la legittimità, sulla scorta dell'argomento per cui l'affitto dovrebbe essere sempre finalizzato alla futura vendita aggregata dell'azienda, suscita qualche legittimo dubbio.

⁷⁷ E d'altronde proprio la *ratio* della disposizione è stato uno degli argomenti che hanno fatto propendere per l'applicazione della norma al caso di affitto disposto a seguito della dichiarazione di fallimento e non al caso di affitto preesistente: così Trib. Siena, 7 ottobre 2001, in *Fallimento*, 1992, 511, con nota adesiva di M. NALDINI; nello stesso senso, S. MARCHETTI, in nota a Trib. Monza, 29 aprile 1992, in *Fallimento*, 1993, 190; nonché U. APICE, in *Dir. fall.*, 1993, I, 201, *Le procedure concorsuali e le esigenze di conservazione dell'impresa*; ed in *Dir. fall.*, 1993, I, 612, *Modi e termini nell'esercizio del diritto di prelazione*; e F. SEVERINI, in *Dir. fall.*, 1993, I, 229, *Il diritto di prelazione concorsuale dell'affittuario di azienda*. Ma si veda *contra* D. DI GRAVIO, in *Dir. fall.*, 1993, I, 203, *Il diritto di prelazione dell'affittuario nella l. 23 luglio 1991, n. 223*; e in *Dir. fall.*, 1993, I, 615, *La situazione dell'affittuario e il diritto di prelazione*.

⁷⁸ A. BONSIGNORI, *La liquidazione*, cit., 33 ss.; ID., *Il fallimento*, cit., 639 ss.

Così come non sembrerebbe del tutto incoerente ipotizzare che l'affitto nel corso della procedura fallimentare possa essere disposto come strumento di gestione dell'impresa in vista di una soluzione concordata per la chiusura della procedura, come un concordato fallimentare, che preveda, per ipotesi, l'assegnazione dell'azienda a un terzo assuntore.

Dunque, la funzionalizzazione dell'affitto alla "più proficua vendita" va intesa come configurazione *tipica* dell'istituto, nella considerazione, però, della sua duttilità come strumento gestionale nella procedura fallimentare.

3.2 L'interesse alla conservazione dell'azienda ancora vitale come obiettivo dell'affitto: cenni sulla nozione giuridica d'azienda e sulla qualificazione delle relative vicende circolatorie ai fini della considerazione unitaria del fenomeno.

Che la decisione di procedere all'affitto dell'azienda del fallito a seguito della dichiarazione di fallimento debba essere rispondente all'interesse dei creditori, e in che termini tale interesse vada declinato, è quanto finora si è cercato di vagliare.

E' tempo adesso di considerare se l'istituto possa, nel disegno del legislatore della riforma, tutelare anche interessi ulteriori, che trovino dunque rilievo all'interno della procedura fallimentare nel caso della proposta e successiva autorizzazione all'affitto endofallimentare dell'azienda appartenente alla massa. Va preso, dunque, in considerazione l'interesse alla conservazione dell'azienda, o alla stabilità dei complessi produttivi, per valutare se l'istanza al mantenimento in vita dell'apparato imprenditoriale, sicuramente ragione giustificante la concessione in godimento dell'azienda là dove ciò risulti conveniente per i creditori, possa essere considerato come esigenza coordinata a quella del soddisfacimento del ceto creditorio a sostegno della programmazione dell'affitto nell'ambito della liquidazione, anche e in via prioritaria rispetto all'interesse dei creditori.

Va cioè verificato se la conservazione dell'azienda sia proposito che l'istituto in esame persegua solo nei limiti in cui tale finalità coincida con quella del

soddisfacimento del ceto creditorio o se al contrario a tale istanza vadano attribuiti spazi di autonoma rilevanza.

La considerazione unitaria dell'azienda nell'ambito della liquidazione nel fallimento, e più in generale nelle procedure concorsuali, è acquisizione ormai da tempo consolidata. La valorizzazione del momento dinamico dell'esercizio dell'attività di impresa del fallito, e la possibilità, tramite il mantenimento dell'unità organica del complesso produttivo e della sua propensione alla produzione, di incrementare il ricavato dalla liquidazione sono temi che hanno alimentato un forte dibattito in dottrina e giurisprudenza, già nel vigore del testo pre-riforma della legge fallimentare. Non è questa la sede, com'è ovvio, per una ricostruzione esaustiva della produzione sterminata in tema di nozione di azienda, natura giuridica della stessa e vicende circolatorie del complesso aziendale (o "delle aziende" a voler adottare la prospettiva di un illustre studioso⁷⁹). Sia sufficiente accennare in questa sede a come gli elementi costitutivi dell'azienda siano stati individuati tradizionalmente nel complesso dei beni e nell'elemento funzionale dell'organizzazione⁸⁰. In altri termini, va rivolto lo sguardo al dato funzionale dell'organizzazione del complesso dei beni aziendali come rilievo chiave per "la loro utilizzazione unitaria e coordinata al fine dell'esercizio dell'attività economica imprenditoriale"⁸¹.

⁷⁹ P. SPADA, *Lezione sull'azienda*, in AA. VV., *L'impresa*, Milano, 1985, 45 ss.

⁸⁰ Cfr. G. FERRARI, *Azienda (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 685, che li denomina rispettivamente elemento materiale oggettivo ed elemento formale finalistico. Sulla nozione di bene, riallacciandosi alla lettera dell'art. 810 c.c., ricomprende "fra i beni aziendali le cose corporali e le entità immateriali, escludendo ogni altro oggetto di rapporti giuridici, come i "servizi" dei collaboratori N. VISALLI, *Locazione di immobile ed affitto di azienda. Contributo allo studio della teoria giuridica dell'azienda*, Napoli, 1969, 8 s. Includono invece nei beni aziendali ogni oggetto di "rapporti reali ed obbligatori sorti nel e per l'esercizio dell'impresa", G. FERRARI, *Azienda (diritto privato)*, cit., 686; L. SILVAGNA, *L'unità produttiva nel profilo delle vendite circolatorie*, Milano, 1982, 22, nota 42. Si vedano, poi, G.E. COLOMBO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. GALGANO, III, Padova, 1979, 22, nota 79. In giurisprudenza, cfr. Cass., 9 giugno 1981, n. 3723; Cass., 22 gennaio 1972, n. 171; Cass., 29 ottobre 1966, n. 2714.

⁸¹ Così G. TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, XVIII, 4, Torino, 1983, 10; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Padova, 1986, 220. Secondo G. MINERVINI, *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Napoli, 1966, 122, l'organizzazione consta di due attività: una di ideazione (a sua volta costituita da un'attività di previsione e da una di decisione) ed una di attuazione. A. DE MARTINI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1983, 196 ss., la qualifica come un particolare bene immateriale tutelato dalle norme repressive della concorrenza sleale e indirettamente anche dalle disposizioni sulla concorrenza in generale e sui consorzi; si

Per una migliore comprensione delle questioni in merito alla circolazione del bene azienda e alla sua rilevanza unitaria endoconcorsuale, un brevissimo cenno va fatto alle diverse concezioni sull'azienda affermatesi storicamente: soggettive, oggettive e miste⁸². Con un'impostazione del problema analoga a quella dell'ordinamento tedesco⁸³, è stata proposta la qualificazione dell'azienda in termini

vedano anche G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, I, Diritto dell'impresa*, a cura di M. CAMPOBASSO, Torino, 2008, 141; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. ANGELICI e G.B. FERRI, Torino, 2010, 227.

⁸² Cfr. A. DE MARTINI, *Corso di diritto commerciale*, cit., 185. Accanto alla menzionata classificazione va poi ricordata la distinzione proposta da proposta da T. TABELLINI, *Il concetto d'azienda*, Napoli, 1966, 3 ss., ma anche da A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, 41 ss., fra teorie materialistiche (distinte in atomistiche ed universalistiche) e teorie immaterialistiche.

⁸³ Non è dato, per esigenze legate all'economia del presente lavoro, di ripercorrere l'itinerario storico-giuridico che ha portato, nell'ordinamento tedesco, al passaggio dalla concezione dell'*ADHGB* del 1861, fondata sugli atti di commercio oggettivi o assoluti («*objektiven*» o «*absoluten Handelsgeschäfte*»), la cui natura "commerciale" prescindesse dalla qualità delle parti, ad un sistema imperniato sul soggetto commerciante (*Kaufmann*), quale quello adottato dall'*HGB* (sul punto si vedano C. BERGFELD, *Deutschland, Handelsrecht*, in H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III/3, *Das 19. Jahrhundert, Gesetzgebung zu den Privatrechtlichen Sondergebieten*, München, 1986, 2963; B. SCHMIEDEL, *Zur Entstehung des Ersten Buches: Handelsstand*, in *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, di SCHUBERT, SCHMIEDEL E KRAMPE, Frankfurt am Main, 1987, 31-50. Cfr. M. SCHMOECKEL, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, Tübingen, 2008, 108 ss. Per un'ampia ricostruzione storica da parte di studiosi italiani circa la nascita del concetto di *Unternehmen* nell'ordinamento tedesco si leggano i saggi di P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in «*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*», 28, 1999, tomo II, specialmente 999-1005 e *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, 2000 in particolare 191-196, nonché F. MAZZARELLA, *La scoperta di un paradigma complesso. L'Unternehmen nel diritto commerciale e nella dottrina austro-tedesca del primo novecento*, in «*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*», 39, 2010, 299 ss., e ID., *Fallimento, autonomia contrattuale e impresa, itinerari e figure fra otto e novecento*, in *Autonomia Negoziante e crisi d'impresa*, a cura di F. DI MARZIO e F. MACARIO, Milano, 2010, con particolare riferimento, per la situazione tedesca, alle pagg. 194 ss.). Così come non è possibile ricostruire compiutamente l'iter che ha portato ad abbandonare tale impostazione soggettiva (cfr. T. PFEIFFER, *Vom kaufmännischen Verkehr zum Unternehmensverkehr - Die Änderungen des AGBGesetzes durch das Handelsrechtsreformgesetz*, in *NJW Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, 169. Si veda al riguardo anche K. SCHMIDT, *Das HGB und die Gegenwartsaufgaben des Handelsrechts*, Berlin, 1990, e più di recente, *Unternehmer -Kaufmann - Verbraucher*, in *Betriebs-Berater*, 2005, 537 ss. secondo il quale il diritto commerciale va considerato come il "diritto privato dei rapporti esterni delle imprese", abbandonando dunque la figura del *Kaufmann* per la formazione di un *Unternehmensprivatrecht* (appunto diritto privato delle imprese) incentrato su un *Unternehmensträger*. Dello stesso autore possono vedersi anche le riflessioni in lingua italiana in *Il codice commerciale tedesco: dal declino alla ri-codificazione (riflessioni sulla riforma del HGB)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 711 ss. Tale impostazione pur presentando aspetti comuni si differenzia per elementi di dettaglio con quella di P. RAISCH, *Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jarhundert*, Stuttgart, 1962; *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe, 1965 e più di recente *Handelsrecht heute: Handelsrecht oder Unternehmensprivatrecht?*, in *Juristische*

Ausbildung, 1990, 259 ss., 328 ss., 369 ss.; *Handels-oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht?*, in *ZHR*, 1990, 567 ss.) secondo cui il diritto commerciale si basa invece sulla figura dell'Unternehmer, ossia l'imprenditore, per approdare al concetto di Unternehmen, quale unità organizzata per l'esercizio di attività economica, costituente il nuovo fulcro del diritto commerciale tedesco (anche se per un'opinione differente: C. W. CANARIS, *Handelsrecht*, 24 ed., München, 2006, § 1 III 23 ss., secondo cui, al contrario, anche dopo la riforma del 1998, l'*Handelsgesetzbuch* continua ad essere basato sul Kaufmannbegriff): per la cui elaborazione dogmatica indizi normativi rilevanti sono venuti, limitandoci a quelli più interessanti per il presente lavoro dai § 22 ss. HGB sul trasferimento di un Handelsgeschäft, e, in materia fallimentare, dai §§ 117, 129, 130 e 134 della previgente Konkursordnung tedesca del 10 Febbraio 1877, nei quali già si evidenziava l'istanza di conservazione del patrimonio aziendale, con gestione del "Geschäft im Ganzen" attribuita al fallimento e con preferenza espressa per il trasferimento del complesso rispetto alla liquidazione isolata dei singoli componenti.

Da qui all'emergere del concetto di Recht am Unternehmen (si veda il classico: R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, Berlin, 1910. Per un tentativo nell'ordinamento italiano di ricostruire la categoria del "diritto sull'impresa" si veda R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina di diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 177 ss., spec. 184 ss., e anche ID., *Il trasferimento di impresa nella sistematica delle leggi di nazionalizzazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, 273 ss.) e di Unternehmen als Rechtsobjekt (per il concetto nella letteratura giuridica tedesca tradizionale: K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen als Rechtsobjekt*, Wien, 1906, il quale, a p. 10, definisce l'Unternehmen in wirtschaftlichen Sinn. Si vedano anche per il concetto di Unternehmen come oggetto di diritto, O. PISKO, *Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs*, Wien, 1907; A. HUECK, *Unkörperliche Geschäftswerte, Ein Beitrag zur Lehre vom Unternehmen*, Fischer, 1914; H. OPIKOFER, *Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung*, Tübingen, 1927) il passo è stato breve.

È interessante notare come, sebbene il concetto tedesco di Unternehmen abbia avuto un ruolo decisivo per l'elaborazione della nozione di impresa nel diritto italiano (si vedano le riflessioni di: L. MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, 1935, e, di poco più risalente, la Prolusione pisana del 1926, *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, 233 ss., che al concetto di atto obiettivo di commercio sostituiva il concetto di impresa come attività professionale organizzata, così come elaborato in Germania soprattutto da K. WIELAND, *Handelsrecht*, 1, München-Leipzig, 1921, 24 ss., i cui studi vengono appunto richiamati nell'opera da ultimo citata; più di recente può poi vedersi G.B. PORTALE, *Presentazione*, in *Lecture per un corso di diritto commerciale comparato*, di T. ASCARELLI e A. MIGNOLI, Milano, 2007, VIII.) nei casi in cui l'Unternehmen venga in rilievo come possibile "oggetto di diritto", e dunque di trasferimento o cessione, il referente concettuale immediato nell'ordinamento italiano debba essere considerato l'azienda con la sua disciplina circolatoria, e non l'impresa, al cui esercizio l'azienda risulta funzionalizzata. Dal che la possibilità di indagare i negozi di trasferimento dell'Unternehmen in chiave comparatistica rispetto al trasferimento d'azienda nell'ordinamento italiano si deve segnalare la scelta apparentemente di segno diverso di G. E. COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e debiti aziendali*, Padova, 1972, 118- 119, per il quale, anche se non in termini così espliciti, il concetto di azienda andrebbe tradotto come Handelsgeschäft, e non come Unternehmen. Ma se da un lato la scelta di traduzione dell'autore si spiega in ragione della particolare materia affrontata, il trasferimento dei crediti e debiti in caso di cessione d'azienda, con analisi limitata al § 25 HGB, dall'altro è la stessa dottrina tedesca ad affermare che, ad esempio, per quanto riguarda l'esegesi della norma di cui al § 25 HGB, proprio la disposizione esaminata dall'autorevole studioso, "Wie bei § 22 ist unter Handelsgeschäft das Unternehmen als betriebsfähige Wirtschaftseinheit zu verstehen", ovvero per Handelsgeschäft va intesa l'azienda come unità economica in esercizio, F. REUSCHLE, in K. EBENROHT, C.T. BOUJONG, D. JOOST, L. STROHN, *Handelsgesetzbuch Kommentare*, München, 3 ed., 2014, § 25 Abs. 1. HGB, Rdn. 22, 388. Va segnalata l'opinione di ULMER circa l'equivalenza del concetto di Unternehmen im objectiven Sinne e

di soggetto di diritto, con personalità giuridica, o, meno radicalmente, come patrimonio autonomo o patrimonio di destinazione⁸⁴. Da altre parti si è posto l'accento sulla caratterizzazione come possibile *oggetto di diritti* del complesso aziendale, suscettibile di circolazione unitaria, e imputabile alla titolarità di un singolo imprenditore⁸⁵. Nell'ambito di tale concezione, da un lato, l'azienda è stata vista come entità unitaria, avente autonoma rilevanza, bene nuovo e distinto rispetto ai singoli beni componenti il complesso aziendale⁸⁶. Dall'altro, si è negata autonomia oggettiva all'azienda, qualificandola in termini di mera pluralità di beni⁸⁷, sia pur funzionalmente coordinati e teleologicamente orientati all'esercizio

Handelsgeschäft riportata in A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda, La dottrina tedesca e quella dei paesi latini*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1958, 106, nt. 90.

⁸⁴ In Italia tra i fautori delle teorie patrimonialistiche deve essere ricordato il classico L. MOSSA, *L'impresa*, cit., *passim.*, che fa riferimento per la considerazione della *res* azienda come "patrimonio autonomo di scopo". Sulle concezioni soggettive, diffusamente G. FERRARI, *Azienda (diritto privato)*, cit., 681; R. TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti (Azienda e proprietà)*, Milano, 1986, 38 s.; N. VISALLI, *Locazione di immobile ed affitto di azienda*, cit., 38 s.

⁸⁵ Si vedano per dei riferimenti: A. DE MARTINI, *Corso di diritto commerciale*, cit., 185 ss.; T. TABELLINI, *Il concetto d'azienda*, cit., 3 ss.

⁸⁶ Per l'opinione che ricorre, ai fini della qualificazione dell'azienda, alla nozione di universalità di fatto, intesa come pluralità di beni ridotti ad unità per volontà dell'imprenditore e come tale preesistente rispetto al riconoscimento legislativo, dal carattere non costitutivo, sostenuta dalla dottrina tradizionale e dalla prevalente giurisprudenza, si vedano A. CAIAFA, *L'azienda: suoi mutamenti soggettivi nella crisi d'impresa*, Padova, 1990, 26 ss.; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., 222 ss.; A. DE MARTINI, *Corso di diritto commerciale*, cit., 189 ss.; G. FERRI, *Manuale*, cit. 226. In giurisprudenza, cfr. Cass., 11 agosto 1990, n. 8219; Cass., 9 giugno 1981, n. 3723; Cass., 10 marzo 1980, n. 1584.

Per cenni ricostruttivi all'accostamento alla nozione di *universitas iuris*, universalità di diritto, considerata come pluralità di rapporti giuridici ricondotti a visione unitaria dalla legge, con disposizione costitutiva, si veda tra gli altri R. BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, 1960, 446; G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 4. Per M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1974, 337 in riferimento alle teorie sulla natura giuridica dell'azienda si sarebbero moltiplicate confusioni terminologiche e concettuali, dovendosi però ritenere valida l'opinione circa la non univocità della distinzione fra *universitas facti* e *universitas iuris*, data la sovrapposizione di diverse classificazioni: tra *universitas corporis* (o *corporalis*) ed incorporea (o *corporum et iurium*) e tra *universitas facti* (o *hominis*) e *iuris*.

⁸⁷ Secondo l'opinione che riconosce natura atomistica all'azienda, si sarebbe di fronte a "una semplice pluralità di beni collegati alla persona dell'imprenditore in forza di diritti eventualmente diversi (proprietà, diritti reali limitati, diritti personali di godimento) e tra loro in fatto coordinati per l'esercizio dell'attività d'impresa": così G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 16. Cfr. T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, 321 ss.; G. AULETTA, *Note in tema di circolazione dell'azienda*, in *Riv. soc.*, 1963, 462 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., 145 ss.; G. FERRARI, *Azienda (diritto privato)*, cit., 691; D. PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda. Notazioni esegetiche e sistematiche*, Napoli, 1970, 19; G. TEDESCHI, *Le disposizioni*, cit., 14.

dell'attività imprenditoriale. Per altra posizione ancora, occorrerebbe discernere tra i casi in cui il legislatore disciplina l'azienda organicamente, e quelli in cui si limita a dar rilievo ai singoli beni che la costituiscono⁸⁸.

Ma la questione della natura giuridica dell'azienda è ai nostri fini da considerare solo prodromica rispetto alla sua considerazione quale oggetto di vicende circolatorie, sia che si tratti di trasferimento d'azienda, che di rapporti contrattuali diversi con cui si proceda alla cessione o concessione in godimento dell'azienda nella sua oggettività compresa, come nel caso dell'affitto.

Va vagliato come la rilevanza del complesso aziendale come elemento oggettuale di un negozio di trasferimento o comunque circolazione si declini nell'ambito della procedura fallimentare; se cioè, come sembra ormai pacifico, la dichiarazione di fallimento non comprometta la possibilità di individuare un'entità azienda nella sua unitarietà, distinta dal soggetto che esercitava l'attività di impresa per il suo tramite e che è stato dichiarato fallito. Anche su questo punto è possibile soltanto una larga sintesi delle linee evolutive del dibattito sulla questione, accennando ad alcune delle opinioni sorte in merito alle problematiche sul tema, che possano risultare utili al fine della presente analisi.

Per una prima impostazione esegetica, anche nel caso di circolazione dell'azienda, la funzionalizzazione del complesso aziendale all'esercizio dell'attività imprenditoriale dovrebbe essere considerata come mero dato qualitativo oggettivo dei componenti aziendali. Verrebbe in rilievo, nella sua oggettività, la idoneità degli elementi del complesso aziendale a costituire strumento per l'esercizio dell'impresa, e ancora il collegamento, in termini di organizzazione e destinazione, imposto ai vari beni appartenenti all'apparato produttivo dall'imprenditore. Si dovrebbe dunque prescindere dal concreto assetto del regolamento contrattuale, in sede di trasferimento, e più in generale di circolazione, dell'azienda, e dalle finalità economico-pratiche dell'operazione, rilevando la qualità obiettiva della

⁸⁸ Per riferimenti al c.d. indirizzo relativistico, si veda A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, cit., 45.

funzionalizzazione all'esercizio dell'impresa a consentire la qualificazione del negozio in concreto come negozio di circolazione dell'azienda⁸⁹.

Per una seconda opzione, l'elemento funzionale della destinazione all'esercizio dell'attività di impresa non andrebbe a connotare solo il bene azienda, ma anche le relative vicende circolatorie. Solo l'operazione che ponga l'avente causa nelle condizioni di esercitare l'attività di impresa potrebbe dunque venire qualificata in termini di trasferimento, cessione o concessione dell'azienda. Ma a tale assunto se ne affianca un altro e ulteriore, quello per cui si avrebbe circolazione dell'azienda solo nel caso in cui l'avente causa subentri nella medesima impresa esercitata dal dante causa. Per cui a fianco della cessione del complesso aziendale dovrebbe⁹⁰ (o, per alcuni, in maniera più moderata, potrebbe⁹¹, condizionando l'applicazione di una porzione di disciplina in tema di trasferimento d'azienda) realizzarsi una successione nell'impresa del dante causa.

Secondo una terza impostazione⁹², particolarmente convincente, il dato funzionale andrebbe sì a caratterizzare, oltre che oggettivamente il complesso come qualità essenziale dei componenti, anche il trasferimento, e, probabilmente, nonostante non si espliciti, qualunque vicenda negoziale circolatoria dell'azienda, ma non nel senso di realizzare una *successione nella medesima impresa* del dante causa, ma più ampiamente nell'ambito di un programma negoziale traslativo che consenta all'avente causa di utilizzare il compendio nella sua destinazione imprenditoriale, non solo con esercizio diretto dell'impresa, ma anche tramite alienazione o concessione in godimento a un terzo del medesimo (salvo gli specifici divieti imposti dal contratto traslativo in concreto, e si pensi, nel caso dell'affitto, alla possibilità di un subaffitto d'azienda). Ancora, la specifica attitudine funzionale del compendio aziendale andrebbe non solo a qualificare l'oggetto del negozio, ma toccherebbe il negozio in sé, rilevando come giustificazione economico-individuale,

⁸⁹ In questi termini, G. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 26 ss.; G. TEDESCHI, *Le disposizioni*, cit., 26 ss.; R. TOMMASINI, *Contributo*, cit., 129.

⁹⁰ Così M. CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, 668 ss.; E. ZANELLI, *Il trasferimento delle imprese elettriche nella sistematica della circolazione dell'azienda e della successione nell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1964, 340 ss., 346.

⁹¹ Si fa riferimento alla nota tesi di A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959, 96 ss.

⁹² Si veda M. PERRINO, *Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria*, Torino, 2005, 163 ss.

causa in concreto, per usare una terminologia che gode di particolare fortuna nell'attuale panorama giuridico e dottrinale, dell'operazione.

Posto che queste risultino le concezioni meritevoli di maggior credito in materia di trasferimento di azienda e, più in generale, ricomprendendo anche l'affitto, cui, peraltro, la disciplina del trasferimento si applica visto il rinvio a cascata del combinato disposto degli artt. 2664 e 2665, di fenomeni traslativi sull'azienda, le vicende circolatorie del compendio aziendale vanno poi calate nel contesto delle procedure concorsuali, e si arriva al punto focale della nostra analisi, per valutarne costante validità esegetica o necessità di modificare impostazioni e inquadramento.

Va dunque indagato se e come l'appartenenza del complesso aziendale alla massa attiva fallimentare, e il verificarsi della vicenda circolatoria nell'ambito della procedura di fallimento possa incidere sulla qualificazione del fenomeno, o se l'inquadramento in termini di concessione in godimento dell'azienda debba considerarsi come permanente nella sua impostazione dogmatica come momento negoziale traslativo avente ad oggetto la *res* azienda.

Il fatto cioè che oggetto del contratto d'affitto sia un compendio aziendale appartenente al fallito, e che, rispetto alla precedente attività di impresa sia intervenuta una dichiarazione di fallimento, comporta delle differenze rispetto alla disciplina del fenomeno circolatorio?

La risposta da dare è tendenzialmente negativa⁹³. Il dato per cui l'azienda venga alienata o concessa in godimento a un terzo nell'ambito di una procedura concorsuale non compromette né la natura giuridica del compendio oggetto di circolazione, né la qualificazione del negozio, con le conseguenti ricadute in termini di normativa applicabile, né la considerazione unitaria e funzionalmente orientata all'esercizio dell'attività imprenditoriale dell'azienda come ragione economico-pratica dell'operazione. Tutto ciò, ovviamente, facendo salva l'applicazione della

⁹³ Si veda G. TERRANOVA, *Conflitti*, cit., 180 e in part. nt. 22, in cui in relazione all'utilizzo di modelli privatistici e negoziali nell'ambito della liquidazione fallimentare si afferma che "l'apparente omogeneità delle forme rispetto alle normali operazioni di mercato, non ha eliminato le differenze di disciplina: una vendita coattiva è pur sempre una vendita coattiva, anche se il contratto è stato concluso a trattativa privata". Allo stesso modo G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1662; M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss. Ancora valido poi il rinvio a S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, *passim*.

peculiare disciplina che il legislatore ha espressamente prevista per la circolazione, in generale, e per l'affitto, in particolare, endofallimentare dell'azienda.

3.2.1 *L'interesse alla conservazione dell'azienda ancora vitale come obiettivo dell'affitto: limiti in cui tale interesse coincide con quello del ceto creditorio e spazi di autonoma rilevanza.*

Se dunque l'appartenenza dell'azienda alla massa attiva fallimentare e la circostanza che la stipulazione del negozio traslativo avvenga a seguito dell'apertura del fallimento, da parte degli organi della procedura, non incide sulla qualificazione del contratto, nel nostro caso d'affitto, in termini di autentica identità rispetto ad analoghe operazioni realizzate dall'imprenditore *in bonis* sull'apparato produttivo, ne deriva che l'avvio di un procedimento di liquidazione sul patrimonio del fallito non compromette definitivamente la possibilità di una comprensione unitaria della *res* azienda, che continua a presentare rilevanza complessiva, distinta dai singoli elementi del compendio. La liquidazione della massa attiva fallimentare non implica cioè il necessario smembramento del bene azienda, e anzi la possibilità di valorizzare l'azienda nella sua integrità⁹⁴, come visto, può risultare confacente al maggior soddisfacimento dei creditori, con le precisazioni già indicate circa l'impossibilità di individuare una categoria unitaria in relazione al ceto creditorio⁹⁵.

Ma di più, il fatto che l'imprenditore, che esercitava l'attività tramite il complesso aziendale, sia stato dichiarato fallito, accertato lo stato di insolvenza, non comporta necessariamente una valutazione in termini negativi della attitudine a produrre ricchezza dell'azienda oggettivamente considerata.

Sembra che l'azienda vada considerata distintamente rispetto al soggetto imprenditore, così come rispetto ai risultati dell'attività di impresa prima della dichiarazione di fallimento, potendo lo stato di insolvenza essere determinato da

⁹⁴ Così G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1662; M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.

⁹⁵ Si vedano G. TERRANOVA, *Conflitt*, cit.; 172, F. GUERRERA, *Strutture*, cit., 252 ss. Si veda per la distinzione tra interesse di gruppo e interesse di serie N. JAEGER, *Il fallimento*, cit., *passim*.

fattori esterni, contingenti e al limite estemporanei, eventualmente da imputare a responsabilità del fallito, ma che potrebbero non toccare l'attitudine produttiva e il valore positivo del compendio aziendale.

Tale necessaria distinzione tra azienda e imprenditore è di tutta evidenza, ad esempio, come già accennato, nell'ordinamento tedesco là dove l'istanza al recupero della funzionalità del compendio aziendale e alla valorizzazione degli *asset* ancora positivi a dispetto dei risultati dell'attività imprenditoriale si esplica nel paradigma scissorio tra *Unternehmen* e *Unternehmensträger* insolvente: e ciò emerge con forza sia che si guardi all'istituto dell'*Unternehmenspacht*, l'affitto d'azienda per l'appunto, nella procedura di insolvenza, *Insolvenzverfahren*, in riferimento a cui la circolazione del complesso aziendale in capo all'affittuario avviene con l'applicazione di peculiari regole di responsabilità che tendono a escludere l'imputazione dei debiti assunti dal debitore insolvente nel corso della precedente attività di impresa svolta, che costituiscono il passivo fallimentare, in capo all'avente causa, *Erwerber*, il terzo affittuario dell'azienda, e ancora con procedure che snelliscano e puntino a facilitare la vicenda circolatoria, anche se di concessione in godimento anziché di trasferimento. Ma ancor di più il momento di separazione tra imprenditore e azienda è sentito in riferimento all'istituto della *übertragende Sanierung*⁹⁶, come operazione che, pur risultando finalizzata alla conversione, riorganizzazione, recupero dell'impresa in crisi o insolvente tramite la cessione dell'azienda⁹⁷, può radicarsi in una prima fase, prodromica all'alienazione, su un affitto "ponte", ovvero sulla concessione dell'azienda *in godimento* a un terzo, anche una società, in vista del trasferimento.

Obiettivi di risanamento dell'impresa collettiva (*corporate rescue*) e di salvaguardia dell'azienda sociale, piuttosto che di liquidazione e monetizzazione dei valori del patrimonio del debitore (*asset realization*), sono primari anche nell'*administration* inglese. La prosecuzione nell'esercizio dell'attività di impresa da parte della società viene attuata mediante la nomina di un *administrator*, qualificato come organo procedurale, nominato tra soggetti esterni alla società, con

⁹⁶ Sul punto si vedano J. WELLENSIEK e T. OBERLE, § 66, cit., Rdn. 1; J. WELLENSIEK, *Übertragende Sanierung*, cit., 233; A. HAGEBUSCH, T. OBERLE, *Gläubigerbefriedigung*, cit., 618.

⁹⁷ Si veda K. SCHMIDT, *Organverantwortlichkeit*, cit., 337.

caratteristiche di professionalità e indipendenza, con funzioni di vigilanza e direzione dell'operato del *board* che continua comunque a svolgere la sua attività di gestione della *company*. Va però segnalato come, a dispetto degli obiettivi di salvaguardia e riconversione dell'impresa in crisi, l'*administration* potrebbe avere comunque come esito non desiderato la liquidazione, là dove il tentativo di risanamento abbia risultato negativo. Tre sono i possibili sbocchi della procedura: l'integrale ripristino delle potenzialità reddituali dell'impresa collettiva, un piano di riparto concordato con i creditori, ma anche la liquidazione della società, pur presentandosi tale ultima ipotesi come *extrema ratio*, nell'impostazione legislativa, rispetto alle prime due finalità. Peraltro, si è osservato, dalla riforma dell'*Enterprise Act* del 2002, nell'ordinamento britannico, in materia di *insolvency*, un approccio preferenziale verso la procedura dell'*administration*, e dunque verso la continuazione dell'impresa e la protezione del complesso aziendale, del *business* sociale, rispetto alle ulteriori procedure di regolazione della crisi⁹⁸, e nell'ambito dell'*administration* rispetto a quelle la cui apertura avvenga *out of the Court*, senza l'intervento dell'autorità giurisdizionale. Anche se, pure nell'ambito della procedura con finalità tipicamente estintive, la *winding up*, emergono profili di attenzione verso la continuazione dell'esercizio dell'impresa, necessaria ai fini della liquidazione stessa. Anche qui la prosecuzione dell'impresa potrebbe atteggiarsi come funzionale alle esigenze liquidatorie della procedura. Si guardi ad esempio all'*Insolvency Act 1986, Schedule 4, paragraph 5*, che disciplina i poteri dei liquidatori in *winding up*, prevedendo il “*power to carry on the business of the company so far as may be necessary for its beneficial winding up*”.

Il tema della rilevanza endoconcorsuale dell'azienda come entità unitaria, e dunque della considerazione del compendio come unità organica dotata di autonomia produttiva da non disperdere con l'interruzione dell'impresa seguente alla dichiarazione di fallimento, e anzi da valorizzare in vista della maggior realizzazione dalla liquidazione dell'attivo fallimentare⁹⁹, è stato anelito ispiratore e idea guida, tra le tematiche maggiormente pressanti al tempo della riforma, del legislatore del 2006 e del decreto correttivo del 2007. Ciò nella misura in cui

⁹⁸ Così A. KEAY e P. WALTON, *Insolvency Law*, cit., 42

⁹⁹ Sul punto è possibile richiamare le riflessioni di G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 3.

l'esigenza di conservazione in attività del complesso aziendale si inserisce nel disegno programmatico della procedura, con l'intuizione delle analogie con il percorso che conduce alla considerazione del fallimento in termini non sanzionatori nei confronti dell'imprenditore insolvente e di giudizio non definitivamente negativo, come redditività e potenzialità produttive e di profitto, nei confronti dell'oggetto azienda.

Il compendio è suscettibile di venir reimpiegato e, scevro della passività pregresse, mantenuto sul mercato, sia pur sotto la direzione funzionale di un altro imprenditore.

La riforma, sul tema dell'affitto, come visto rappresenta il momento finale di un complesso *iter* di interventi settoriali e speciali¹⁰⁰ che hanno riguardato in particolare le aziende aventi i requisiti per l'accesso alla cassa integrazione guadagni, definite in dottrina "socialmente rilevanti"¹⁰¹, in cui però si evidenziava con forza la preoccupazione per il mantenimento dei rapporti di lavoro, che andava a costituire dunque ragione ultima degli interventi, condizionando di conseguenza la disciplina applicabile all'istituto. Vale ancora una volta ricordare l'impostazione legislativa imperniata, per le aziende che possedessero i requisiti dimensionali minimi previsti dalla l. 223/1991, su un procedimento peculiare, che tenesse conto per la gestione della procedura fallimentare del parametro occupazionale, nella prospettiva di preservare i posti di lavoro, in attuazione del disposto di cui all' art. 4 Cost.¹⁰².

¹⁰⁰ Infatti, sia l'art. 3 della legge n. 223 del 1991, sia l'art. 47 della legge n. 428 del 1990, si applicano in via esclusiva ad imprese assoggettate a procedure concorsuali e non a vicende circolatorie di aziende soggette a sequestro giudiziario o comunque oggetto di procedure esecutive individuali. L'art. 14, della legge n. 49 del 1985, ha previsto a favore di cooperative di lavoratori dipendenti da imprese soggette a procedure concorsuali, ammessi al trattamento della cassa integrazione guadagni e che abbiano in affitto, e più in generale in gestione, anche parziale, le aziende di appartenenza, un diritto di prelazione in caso di vendita coattiva delle stesse. Ma soprattutto l'art. 3 della legge n. 223 del 1991, ha sancito espressamente l'ammissibilità dell'affitto e della vendita endofallimentare dell'azienda nel caso di imprese dotate dei requisiti dimensionali per accedere al trattamento di cassa integrazione straordinaria, collegando i due istituti con il nesso del diritto di prelazione a favore dell'affittuario in funzione della successiva cessione.

¹⁰¹ Si veda sul punto esaustivamente F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 8 s.

¹⁰² Si guardi anche all'art. 47 della legge n. 428 del 1990, che prevede, per il trasferimento di aziende in crisi che presentino i medesimi requisiti occupazionali previsti dalla legge n. 223, una procedura peculiare di informazione e consultazione sindacale, finalizzata ad agevolare la prosecuzione dell'attività di impresa a tutela dei livelli occupazionali, pur accettando la compressione

L'attenzione riservata all'interesse alla conservazione dei livelli occupazione ha addirittura portato alcuni autori a parlare di una vera propria forma di intervento pubblico sul mercato che comporti una "socializzazione del dissesto"¹⁰³, ovvero una distribuzione delle conseguenze negative della crisi dell'impresa sulla comunità, e con imputazioni dei costi dell'insolvenza sulla collettività e sui creditori. Sarebbe emersa un'ottica di *favor* per le prospettive occupazionali reali e di visione negativa del ricorso ad altri strumenti di gestione collettiva dei momenti di stagnazione e crisi economica, come gli ammortizzatori sociali, con l'adozione di una avanzata proposta di *job creation*.

Ma tale istanza alla tutela occupazionale non anima a ben vedere il legislatore della riforma, che al mantenimento dei rapporti di lavoro assegna sì, come vedremo, un ruolo, ma non talmente preponderante da assurgere a *ratio* dell'istituto, a differenza di quanto avveniva per l'intervento del 1991. La riforma della legge fallimentare è più orientata alla conservazione riallocativa degli *asset* ancora positivi del compendio aziendale, non più, o comunque non soltanto, con finalità di tutela dell'occupazione come la legislazione speciale, ma nel quadro di un bilanciamento di interessi più ampio, che guardi come visto *in primis* al più proficuo e rapido soddisfacimento delle ragioni creditorie, e che possa eventualmente considerare la conservazione dell'azienda in sé come esigenza da tenere in considerazione.

Tutte le nuove norme riguardanti l'esercizio provvisorio, l'affitto e la vendita dell'azienda (artt. 104, 104 *bis*, 104 *ter*, 105, l. fall.) presuppongono il permanere in

di alcune garanzie in riferimento al singolo rapporto di lavoro subordinato. Non si può far a meno di notare, d'altronde, che il disposto dell'art. 47 era parte integrante del disegno di legge poi sfociato nella l. 223 del 1991. Il panorama normativo e giurisprudenziale europeo (si veda CGCE 10 luglio 1986, causa 235/84, in *Foro it.*, IV, c. 12 s.) aveva indotto a inserire la disposizione nel progetto di riforma del mercato del lavoro – da cui prese le mosse la l. 223/91- contenente un titolo apposito dedicato alla "attuazione di direttive delle Comunità europee". Ma le lungaggini nell'approvazione della riforma, condussero a preferire lo stralcio della parte relativa al trasferimento d'azienda e il suo successivo inserimento in seno alla legge c.d. comunitaria n. 428 del 1990, così, F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 320.

¹⁰³ Così F. FIMMANÒ, *Esercizio provvisorio*, cit., 4.

vita e in una dimensione unitaria, preservata da un pregiudizievole smembramento della *res* azienda¹⁰⁴ rispetto al momento della dichiarazione di fallimento¹⁰⁵.

Già dalla ricostruzione dell'*iter* che ha portato all'approvazione della riforma della legge fallimentare¹⁰⁶ è possibile evidenziare l'istanza alla conservazione dell'azienda nella sua integrità anche nella fase della liquidazione, evitando una separazione dei componenti il compendio che possa risultare nociva per le possibilità di massimizzazione del ricavato dalla liquidazione del complesso aziendale.

¹⁰⁴ A ben vedere, con l'ulteriore precisazione, in realtà poco innovativa rispetto alla tradizionale impostazione in materia di circolazione dell'azienda, circa la possibilità di una vicenda traslativa, di cessione o concessione in godimento dell'azienda, non limitata al solo compendio aziendale complessivamente e nella sua interezza considerato, ma accessibile anche soltanto per un ramo o una pluralità di rami dell'azienda (sull'argomento M.S. SPOLIDORO, *Conferimento di ramo d'azienda (considerazioni su fattispecie e disciplina applicabile)*, in *Giur. comm.*, 1993, 692 s., ed S. DELOGU, *Cessione di quota d'azienda*, in *Contr. impr.*, 1994, 505 s.). Il fenomeno circolatorio potrà avere ad oggetto infatti anche un ramo d'azienda, ossia un segmento del compendio funzionalmente dedicato, quanto meno nella sua dimensione primaria, all'esercizio di un settore dell'attività imprenditoriale, che costituisca unità autonoma, dotata di unitarietà organizzativa e idoneità strumentale all'attività di impresa, ovvero di attitudine alla destinazione imprenditoriale, e come tale possa integrare oggetto di negozi traslativi. E' evidente che, per quanto rilevato, il ramo acquisisce rilevanza autonoma solo all'atto del perfezionamento dell'atto dispositivo e fino a quel momento il suo rilievo è meramente concettuale (in tal senso P. MASI, *Articolazioni dell'iniziativa economica*, Napoli, 1985, 157. In giurisprudenza tra le altre Cass. 11 agosto 1990, n. 8219, in *Giur. it.*, I, 1, c. 584 s. con nota di SANZO).

¹⁰⁵ Si veda Cass. 9 giugno 1981, n. 3723, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2492, secondo cui "poiché l'azienda è un complesso di beni e di servizi, capitale, fisso e circolante, e lavoro unificati dalla unitaria destinazione produttiva, in funzione della quale sono organizzati e coordinati dall'imprenditore, essa cessa di esistere quando i vari elementi siano stati dispersi, assumendo i singoli beni destinazioni diverse". In dottrina sul tema G. RAGUSA MAGGIORE, *La cessazione dell'impresa commerciale e il fallimento (art. 10 L.F.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 172 s. Sulla vocazione all'unità oggettiva già prima del codice del 1942 si osservava che "nella pratica, la continuità delle aziende, sorpassanti la vita di chi le ha fondate e dirette; la possibilità che esse passino, nella loro integrità, da un patrimonio ad un altro; lo sforzo stesso con cui il commerciante si industria di dar loro, anche visibilmente, una considerazione obiettiva, producono l'effetto notevole che la persona del proprietario vada, nella considerazione della clientela, gradatamente allontanandosi, per cedere il passo all'affermazione più salda e soprattutto più stabile dell'azienda", così U. NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, II, Torino, 1935, 2.

¹⁰⁶ Basti pensare che già la legge delega, all'art. 6, lett. a), n. 10, stabiliva che il decreto dovesse sancire "che entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario il curatore predisponga un programma di liquidazione da sottoporre previa approvazione del comitato dei creditori, all'autorizzazione del giudice delegato contenente le modalità e i termini previsti per la realizzazione dell'attivo, specificando: [...] 10.1) se è opportuno disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa o di singoli rami di azienda anche tramite l'affitto a terzi. [...] 10.4) le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco.". Si tratta di una norma che è stata poi integralmente recepita dal legislatore delegato e che ora disciplina il contenuto del programma di liquidazione all'art. 104-ter l. fall.

Rispetto alla disposizione che ha poi trovato accoglimento nella legge fallimentare, il precedente disegno di legge delega c.d. Trevisanato¹⁰⁷ enucleava come criterio guida “l’obiettivo della valorizzazione degli organismi produttivi e dei patrimoni assicurando il miglior soddisfacimento possibile dei creditori”, con una netta cesura, secondo quanto ritenuto in dottrina¹⁰⁸, rispetto al sistema precedente della legge fallimentare. La direzione indicata dal progetto di legge delega sembrava in maniera più decisa perseguire la conservazione dell’apparato produttivo, in una prospettiva di coordinamento e non di finalistica destinazione rispetto all’obiettivo del soddisfacimento dei creditori concorsuali. Sembrava cioè più radicale la scelta del progetto per un recupero o reimpiego del complesso aziendale, rispetto alla funzione prodromica alla alienazione e distribuzione del ricavato ai creditori, potendosi prospettare degli spazi di autonoma rilevanza dell’istanza al mantenimento in vita dell’azienda, rispetto alla connessa esigenza di regolazione concorsuale dell’insolvenza per la maggior tutela del ceto creditorio. Direzione decisa verso la salvaguardia dell’azienda che sembrava perseguita anche dal successivo schema redatto dalla Commissione Trevisanato c.d. ristretta, con riferimento in particolare alle previsioni di cui agli artt. 146 e 147 del progetto. Tutto ciò nella ormai acquisita consapevolezza nel disegno legislativo, che verrà mantenuta anche con la riforma sia pur nella visione attenuata della gerarchia valoriale della legge fallimentare riguardo alla conservazione dell’azienda, che preservare il valore degli organismi produttivi implichi l’accettazione della circostanza per cui l’emergere dello stato di insolvenza non debba comportare una valutazione senz’altro negativa sulla redditività e attitudine a produrre ricchezza dell’azienda, e che, di più, la dichiarazione di fallimento non deve necessariamente comportare l’interruzione dell’attività di impresa e lo smembramento del complesso aziendale, aprendosi a possibilità di sopravvivenza del compendio o di alcuni rami,

¹⁰⁷ Sul progetto si rinvia a: AA.VV., *Crisi dell’impresa e insolvenza, Atti del Convegno. Isernia, 18 ottobre 2003, Quaderni di giur. comm.*, Milano, 2005. Cfr. pure M. FABIANI, *Riforma <<condivisa>> della legge fallimentare: un’impresa possibile*, in *Foro it.*, 2004, V, 125. Si veda anche il progetto della seconda commissione Trevisanato, con la previsione di un’ampia ed espressa regolamentazione di affitto e vendita dell’azienda nella procedura (pubblicato integralmente in supplemento al *Fallimento*, 2004, n. 8, con presentazione di M. FAGIANI).

¹⁰⁸ F. FIMMANÒ, *Esercizio*, cit., 5 ss.

rispetto a quella che è stata definita “diaspora concorsuale”¹⁰⁹. Ciò che va senza dubbio evitato è la dispersione di *asset* ancora positivi, nonostante il fallimento, in seno all’azienda, che la repentina e perniciosa terminazione dell’attività di impresa del fallito a seguito della dichiarazione di fallimento potrebbe irrimediabilmente pregiudicare.

Nella previsione, poi, di una fase pianificata in anticipo della liquidazione, che presupponga la continuazione dell’impresa tramite l’esercizio provvisorio da parte degli organi della procedura o tramite la concessione in godimento dell’azienda a un terzo affittuario, con gestione e rischio di impresa a suo carico, è facile notare le analogie con la disciplina in materia di Amministrazione Straordinaria, riformata nel 1999, sul presupposto di un collegamento sistematico alla riforma delle altre procedure concorsuali, che sarebbe dovuta da lì in breve intervenire¹¹⁰. E d’altronde non si tratta di una concessione casuale, in quanto a ben vedere molte delle soluzioni del sistema della nuova legge fallimentare sono mutuare dalle previsioni in tema di amministrazione straordinaria, a partire dalla stessa possibilità di vendita in blocco dell’azienda. Si pensi ad esempio, già prima dell’entrata in vigore della normativa organica in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, al d.lgs. n. 835 del 1986, convertito nella legge n. 19 del 1987, che all’art. 3 esclude, in caso di alienazione di azienda appartenente ad impresa soggetta ad amministrazione straordinaria, l’applicazione degli artt. 2112 e 2560, comma 2, c.c., per il personale non contestualmente trasferito. O, ancora, alle analoghe previsioni della legge n. 223 del 1991, e della legge 22 aprile 1985 n. 143, per le imprese soggette ad amministrazione straordinaria, che in caso di terminazione dell’impresa, con la garanzia per i

¹⁰⁹ F, FIMMANÒ, *Esercizio*, cit., 5.

¹¹⁰ Per tutti si veda M.G. BARTOLIN, *L’apertura della procedura di amministrazione straordinaria: requisiti sostanziali*, in *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di C. COSTA, Torino, 2008, 180 ss. e L. PONTI- F. SPADETTO, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 2006, 186 ss. Procedono all’accostamento anche L. MANDRIOLI, sub art. 104-bis, in *Affitto dell’azienda o di rami dell’azienda*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, II, Torino, 2010, 1373, nt. 34; S. AMBROSINI, *L’amministrazione dei beni, l’esercizio provvisorio e l’affitto d’azienda*, in *Il fallimento*, a cura di S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di G. COTTINO, Padova, 2009, 538; A. PATTI, *L’affitto dell’azienda*, in *Fallimento*, 2007, 1090.

lavoratori del trattamento di integrazione salariale straordinaria per dodici mesi, al fine di consentire il graduale assorbimento dei dipendenti da parte delle imprese cessionarie che *ex art. 2, legge 212 del 1984*, avevano l'obbligo di assumere i lavoratori nei limiti imposti dall'autorità di vigilanza.

Sembra dunque possibile ritenere che la norma di cui all'art. 104-*ter*, nell'individuare quale possibile previsione programmatica in seno al piano di liquidazione eventualmente l'ipotesi di affitto dell'azienda, o di rami di essa, presenti forti analogie rispetto alla analoga disciplina in materia di Amministrazione straordinaria¹¹¹: tutto ciò però in un'ottica differente; non più cioè con l'obiettivo di una socializzazione del dissesto, ma con la finalità del maggior possibile soddisfacimento dei creditori, tipica del fallimento.

L'analisi va poi spinta oltre, a valutare se la conservazione dell'azienda possa essere considerata come istanza da tutelare in sé, a prescindere dal valore positivo di avviamento e dalle prospettive reddituali, e addirittura là dove ciò appaia in contrasto con l'obiettivo della massimizzazione del ricavato dalla liquidazione da distribuire ai creditori concorsuali. In altri termini, l'interesse al mantenimento dell'apparato produttivo risulta nell'ambito della procedura fallimentare tutelato solo se conforme all'interesse, nella consapevolezza delle difficoltà di una sua unitaria definizione, dei creditori, o può presentare spazi di autonoma rilevanza, trovando proprio nell'affitto d'azienda un possibile appiglio normativo a riguardo?

Tale ultima conclusione sembra senz'altro da rigettare. Se infatti nell'Amministrazione straordinaria, ad esempio, la conservazione dell'organismo produttivo sembra poter assurgere, sia pur con tutti i dubbi del caso e senza la pretesa di prendere posizione su una così vasta problematica, a finalità in sé perseguita, sol che si pensi ad esempio alla previsione per cui il commissario straordinario può operare "in modo da salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali, tenuto conto degli interessi dei creditori",¹¹² nella procedura fallimentare

¹¹¹Così F. FIMMANÒ, *Esercizio*, cit., 4; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1373, nt. 34; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 538; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1090.

¹¹²Ma esprime dubbi sulla valenza esegetica di tale riferimento, contestando la vaghezza della terminologia utilizzata dal legislatore, che possa aprire ad equivoci circa la reale portata della disposizione, in particolare con riferimento al concetto di "tener conto", L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa*, cit., 80. L'autore evidenzia in particola l'ambiguità del verbo utilizzato, che non chiarisce i

al contrario la salvaguardia dell'azienda trova protezione in quanto funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

A tal fine va valorizzato il disposto dell'art. 104-*bis*, co. 1, nella parte in cui dispone che l'affitto possa essere autorizzato quando utile alla più proficua vendita dell'azienda. L'obiettivo di massimizzare il ricavato dalla liquidazione rimane primario nel fallimento e in tal senso va intesa la prescrizione che limita l'opportunità di ricorrere all'affitto nell'ambito della procedura.

Ciò che sembra interessante notare è che la considerazione unitaria dell'azienda nel fallimento abbia modificato la concezione stessa della liquidazione, che va necessariamente ritenuta integrante anche una fase di amministrazione, gestione provvisoria dell'impresa del fallito. E proprio come strumento di gestione provvisoria dell'impresa del debitore è stato interpretato, correttamente, l'affitto endofallimentare. Ma ciò solo là dove l'azienda conservi appunto un valore positivo che l'insolvenza non abbia del tutto pregiudicato, e dunque nella prospettiva che la prosecuzione dell'impresa del fallito, con gestione nel caso di specie affidata a un terzo affittuario, sia funzionale al soddisfacimento dei creditori.

Non può invece darsi uno spazio di rilevanza ulteriore al valore della conservazione dell'unità produttiva, in potenza in contrasto con l'istanza al soddisfacimento concorsuale di chi risulti titolare di diritti di credito nei confronti dell'imprenditore in stato di insolvenza¹¹³.

termini del rapporto, di subordinazione o coordinamento, tra interesse all'unità operativa dei complessi aziendali e interesse dei creditori. Si rileva come l'attivo possa, almeno in linea teorica, essere alienato al miglior offerente, che intenda però programmaticamente procedere a uno smembramento dell'azienda, o a chi pur avendo presentato un'offerta meno vantaggiosa dal punto di vista del corrispettivo possa assicurare la conservazione dell'unità produttiva aziendale.

¹¹³ Per un cenno interessante sul punto all'ordinamento inglese, secondo un'opinione autorevolmente sostenuta in dottrina, (J. ARMOUR, *The Law and Economics of Corporate Insolvency: A Review*, Cambridge, 2001, 10), la normativa in materia di *administration* inglese, prima dell'intervento riformatore del 2002, era teleologicamente orientata alla conservazione dell'impresa in attività, anche eventualmente a discapito del ceto creditorio. L'*Insolvency Act* 1986, Sec. 8(3) A prevedeva infatti, prima della riforma ad opera dell'*Enterprise Act* 2002, che "*The purposes for whose achievement an administration order may be made are- (a) the survival of the company, and the whole or any part of its undertaking, as a going concern*". La nuova normativa prevede al contrario la subordinazione dell'istanza alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale all'interesse dei creditori. In particolare, la Sec. 3 della *Schedule B1* individuando i fini dell'*administration* dispone ora che "*the administrator of a company must perform his functions with the objective of (a) rescuing the company as a going concern, or (b) achieving a better result for the company's creditors as a whole than would be likely if the company were wound up (without first being in*

Il problema che si pone è ancora una volta quello di bilanciare i possibili pregiudizi che possano essere arrecati a determinati interessi individuali o di categoria, si pensi a quello del creditore privilegiato che vanta un'ipoteca su uno dei beni componenti il complesso aziendale, in funzione dei vantaggi che ne possono derivare per il fallimento. Riecheggia qui l'insegnamento per cui si dovrebbe tener conto di un "criterio di composizione di interessi confliggenti cui spesso si è fatto ricorso" nel diritto commerciale e fallimentare per cui un pregiudizio a un interesse individuale può trovare compensazione "in vista di un beneficio per l'intera categoria di appartenenza del soggetto il cui interesse individuale viene sacrificato"¹¹⁴. I creditori dell'imprenditore insolvente sono spesso "anch'essi imprenditori: pertanto, il sacrificio che sopportano nella loro tutela individuale può essere compensato dal beneficio che la disciplina adottata comporta per l'intero sistema delle imprese di cui sono partecipi".

Da tali riflessioni non si può ritenere che sussista un'obiettiva esigenza di mantenimento sul mercato di un organismo produttivo, almeno per quanto riguarda la procedura fallimentare, se non nella misura in cui da tale mantenimento possa ricavarsi un maggior ricavato in sede di liquidazione della massa attiva fallimentare.

La conservazione della *res* azienda nella sua destinazione funzionale e organizzativa imprenditoriale ha un rilievo non indifferente sul piano della disciplina dell'affitto endofallimentare. E precipitato applicativo immediato va sicuramente considerato il disposto dell'art. 104-*bis*, co. 2, l. fall. nella parte in cui vi si individuano i criteri per la selezione del terzo contraente da parte del curatore fallimentare. La disposizione, in particolare, impone di tener conto per la scelta dell'affittuario, oltre che dell'ammontare del canone offerto, anche della attendibilità

administration), or (c) realising property in order to make a distribution to one or more secured or preferential creditors. Subject to sub-paragraph (4), the administrator of a company must perform his functions in the interests of the company's creditors as a whole. (3)The administrator must perform his functions with the objective specified in sub-paragraph (1) (a) unless he thinks either (a)that it is not reasonably practicable to achieve that objective, or (b) that the objective specified in sub-paragraph (1)(b) would achieve a better result for the company's creditors as a whole".

¹¹⁴ Così V. CALANDRA BONAURA, *Liquidazione dell'attivo fallimentare: profili problematici e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. fall.*, 2003, I, 161 ss., che aggiunge che la valenza di questo criterio può risultare indebolita dalla presenza rilevante di creditori che non rivestono la qualità di imprenditori, per i quali il beneficio non si produce quanto meno in via diretta. Salvo che questi creditori non godano già di una specifica tutela in ragione della debolezza della loro posizione e/o della natura del loro credito (ad es. il privilegio dei crediti di lavoro previsto dall'art. 2751 *bis*, c.c.).

del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali. Ecco che l'interesse alla prosecuzione dell'attività di impresa e al mantenimento in vita del bene azienda trova esplicito riferimento positivo, sia pur non in sede di individuazione degli obiettivi dell'affitto endofallimentare, ma in una regola procedurale che tanta incidenza potrà però avere nella prassi.

La disposizione si presenta problematica, ma sembra possibile interpretarla nel senso di una possibilità di preferenza dell'offerta che preveda un canone d'affitto inferiore, a fronte di una maggiore sicurezza garantita dal piano imprenditoriale, circa la continuazione dell'attività di impresa tramite l'azienda, e non solo, sembra, in relazione alla prospettiva, che verrà successivamente esaminata, della tutela dei rapporti di lavoro aziendali.

Ma anche tale dato va inteso comunque nella direzione di una coincidenza tra esigenza di massimizzare il ricavato dalla liquidazione, e dunque di incrementare quanto più possibile la massa attiva fallimentare da distribuire ai creditori, e istanza al mantenimento in attività dell'organismo produttivo. Si dovrà dunque bilanciare gli svantaggi derivanti dal minor canone percepito a fronte dei vantaggi, anche in termini prettamente economici di incremento o mantenimento di valore dell'azienda, derivanti da un più attendibile piano di prosecuzione dell'attività¹¹⁵.

Ciò che preme evidenziare è che il riferimento al piano di prosecuzione dell'attività di impresa come criterio di scelta dell'affittuario vada interpretato in senso ampio, e non solo limitatamente alla tutela dei livelli occupazionali che il piano imprenditoriale propone, aspetto dotato di autonoma rilevanza, e che sarà oggetto di approfondita analisi nel prosieguo della trattazione. Il riferimento al piano va interpretato cioè come espressione del *favor* legislativo verso la conservazione dell'azienda nel suo complesso, e non solo all'intenzione, per quanto possibile, di assicurare il mantenimento dei rapporti di lavoro per i dipendenti dell'azienda. Sembra legittimo dunque ritenere che l'istanza generale alla conservazione del complesso aziendale può risultare perseguita tramite l'istituto dell'affitto endofallimentare, sia pur in via occasionale, nel momento in cui risulti coincidente

¹¹⁵ Per l'opinione per cui invece vada senz'altro preferita l'offerta che preveda il canone d'affitto economicamente più vantaggioso sembrerebbe A. PACIELLO, sub *art. 104-bis*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. CAVALLINI, Milano, 2010, 5; P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 32 ss.

con l'interesse del ceto creditorio. Ancora una volta in questa direzione si può parlare di un'ispirazione di fondo della riforma, propensa ad agevolare la continuazione e conservazione dei complessi produttivi.

3.3 L'interesse dei lavoratori: cenni alle tutele riconosciute in caso di trasferimento d'azienda nel corso di procedura concorsuale.

Va, a questo punto della trattazione, esaminata l'incidenza dell'istanza al mantenimento dei rapporti di lavoro alle dipendenze dell'imprenditore fallito rispetto alla disciplina dell'affitto endofallimentare come previsto dal legislatore all'art. 104-bis l. fall. Va cioè valutato se l'interesse dei lavoratori possa assurgere a *ratio* ulteriore dell'istituto in analisi, e orientare le scelte degli organi della procedura in ordine alla decisione di procedere all'affitto dell'azienda del fallito.

A una veloce ricognizione dei dati normativi, da cui è possibile desumere la rilevanza dell'interesse alla conservazione dei posti di lavoro, rispetto alla disciplina in parola, di immediata evidenza risulta il riferimento alla tutela dei livelli occupazionali come criterio aggiuntivo per la selezione del terzo affittuario da parte del curatore. Dell'impatto a livello di sistema della disposizione in questione si tratterà in seguito.

Ancora, viene in considerazione l'art. 47 della l. n. 42/1990¹¹⁶, dove si prescrive, per i trasferimenti (nozione che va intesa "lavoristicamente" in senso lato, come comprensiva di qualunque vicenda circolatoria, e dunque anche dell'affitto d'azienda) d'azienda che occupino più di quindici dipendenti, un obbligo di comunicazione alle organizzazioni sindacali, prodromico all'eventuale avvio di una

¹¹⁶ Per un esame della disciplina, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Crisi dell'impresa e trasferimento d'azienda nel concorso delle fonti tra normativa nazionale e disciplina comunitaria*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 237 ss; L. FOGLIA, *Accordo sindacale in occasione di cessione d'azienda appartenente ad un'impresa insolvente e diritto comunitario*, in *Dir. lav.*, 2000, II, 183 ss; A. PIZZOFERRATO, *La disciplina lavoristica del trasferimento di azienda in crisi nel nuovo scenario interpretativo*, in *Lav. giur.*, 2002, n. 3, 251 ss; P. LAMBERTUCCI, *Il trasferimento di azienda in crisi fra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 114 ss; L. D'ARCANGELO, *Trasferimento di azienda in crisi e concordato preventivo non omologato: la deroga all'art. 2112 c.c. non opera*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 169 ss; G. ORLANDINI, *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, n. 108, 593 ss; F. NOTARO, *Trasferimento dell'azienda in crisi e derogabilità dell'art. 2112 c.c. in sede collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 179 ss.

procedura di consultazione, che possa servire a individuare soluzioni concordate per la gestione dell'operazione riguardo ai rapporti di lavoro subordinato. Nel caso in cui venga raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale dell'occupazione, si prevede la possibilità di deroga alle disposizioni di cui all'articolo 2112 c.c. per le imprese a) delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'art. 2, quinto comma, lett. c, legge 12 agosto 1977, n. 675; b) per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria. La norma prosegue disponendo, al quinto comma, che in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività per le imprese per le quali sia intervenuta una dichiarazione di fallimento, l'apertura di una procedura di concordato preventivo "traslativo", l'emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa oppure la sottoposizione all'amministrazione straordinaria, se la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata, non trova applicazione l'art. 2112 c.c., qualora sia stato raggiunto un accordo sindacale finalizzato alla salvaguardia dell'occupazione. Tale accordo può inoltre prevedere, introducendo una disposizione di miglior favore per i lavoratori, l'attribuzione di parte dei diritti dalla disciplina generale negati¹¹⁷.

Dato ulteriore, da tenere in considerazione ai fini della presente analisi, è rappresentato dall'art. 104-*bis*, co. 6, che esclude l'applicazione dell'art. 2112 c.c. in relazione alla responsabilità del cessionario, nel caso di specie da considerarsi il fallimento, per i debiti da retribuzione maturati nel corso della gestione da parte dell'affittuario, nel caso di retrocessione dell'azienda.

Ma un quadro chiaro della questione potrà delinearsi solo premettendo alcuni cenni sulle tutele riconosciute ai lavoratori nel caso di cessione o, comunque, circolazione di un'azienda nel corso di una procedura di fallimento.

¹¹⁷ Di interesse sul punto M. MARINELLI, *Il perdurante contrasto tra diritto interno e diritto comunitario sulla tutela dei lavoratori nel trasferimento di azienda*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 827. L'autore ha fatto notare come dalla disapplicazione della tutela generale di cui all'art. 2112 potrebbero discendere pregiudizi non indifferenti in relazione alla protezione del singolo rapporto di lavoro. In particolare, poiché il trasferimento dal cedente al cessionario avviene con stipula di un nuovo contratto verrebbe meno la possibilità di far valere l'anzianità maturata per il rapporto pregresso, si potrebbero concordare variazioni rispetto alle mansioni cui il lavoratore risultava precedentemente adibito, anche in senso peggiorativo, così come potrebbero essere previste riduzioni nella retribuzione. Inoltre verrebbe a mancare la responsabilità solidale tra cedente e cessionario per i crediti maturati nel precedente rapporto di lavoro, di cui finirebbe per rispondere il solo cedente.

Va, in primo luogo, richiamato il sistema delle fonti sovranazionali e, in particolare, la normativa comunitaria sul punto. La prima Direttiva in materia di trasferimento di azienda (n. 77/187/CE) non prevedeva alcuna disposizione specifica per i trasferimenti avvenuti in pendenza di procedure concorsuali¹¹⁸. Ma, superando il silenzio della normativa, si perveniva ad un'esclusione della disciplina della Direttiva in via giurisprudenziale, proprio per tali ipotesi¹¹⁹.

Aderendo all'interpretazione pretoria, il legislatore comunitario interveniva sulla materia con la Direttiva n. 98/50/CE (oggi l'intera disciplina è contenuta nella Direttiva n. 23/2001/CE, con previsione di fattispecie derogatorie rispetto all'ambito di applicazione della normativa, ovvero casi di esclusione positivamente riconosciuti. In questa direzione va il primo comma dell'art. 5 della Direttiva n. 23/2001/CE, che dispone che, fatti salvi eventuali trattamenti di miglior favore introdotti dagli stati membri, per i trasferimenti di aziende nel corso di procedura fallimentare, o di analogo "procedura di insolvenza"- il termine è utilizzato in maniera volutamente generica dal legislatore, per ricomprendere le procedure di regolazione della crisi di impresa dei diversi Stati membri, nella consapevolezza di differenze di tecniche normative- con finalità liquidatorie del patrimonio del cedente, sotto il controllo di un'autorità pubblica competente, non venga in rilievo la disciplina di tutela dei diritti individuali dei lavoratori prevista dai co. 3 e 4 dell'art. 5 della direttiva in parola. Si tratta cioè di un'esclusione esplicita della responsabilità solidale del cedente accanto a quella del cessionario, per gli obblighi antecedenti alla

¹¹⁸ Per alcune considerazioni sul punto P. PASSALACQUA, *La Corte di Cassazione chiude il cerchio sul caso Spano in materia di trasferimento dell'azienda in crisi*, in *Dir. lav.*, 2001, II, in particolare 365.

¹¹⁹ Per una ricostruzione delle posizioni della Corte di Giustizia in merito all'esclusione applicativa della prima Direttiva in caso di trasferimento d'azienda in corso di procedura concorsuale: Corte Giust. UE 14-3-1994, causa n. 392/92, con nota di P. LAMBERTUCCI, *Sulla nozione di trasferimento d'azienda nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 608; Corte Giust. UE 10-2-1988, causa n. 324/86, con nota di M. DE LUCA, *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori, in caso di trasferimento di azienda, nel diritto comunitario: una "condanna", una "assoluzione per insufficienza di prove" ed altri suggerimenti della Corte di Giustizia per l'adeguamento dell'ordinamento italiano*, in *Foro. it.*, 1989, IV, 11; R. FOGLIA, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'evoluzione del diritto sociale comunitario e le prospettive per il futuro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, n. 27, 96-97; G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, II, Milano, 2001, 106, dove si sottolinea che l'orientamento giurisprudenziale, ai fini della individuazione delle ipotesi di esclusione della normativa europea, sarebbe fondato su un parametro esegetico funzionale, che guardi allo scopo della disciplina, cui in via integrativa debbano essere affiancati alcuni criteri ulteriori, laddove l'argomento teleologico non consentisse di pervenire a un'interpretazione sicura.

variazione soggettiva della parte datoriale del contratto; della conservazione della regolamentazione di fonte collettiva per un periodo stabilito; della disciplina relativa alla cessazione del rapporto di lavoro.

Dalla lettura del secondo comma dell'art. 5, emerge, però, la previsione di fattispecie derogatorie rispetto alla generale disciplina in materia di tutela dei rapporti di lavoro subordinato in sede di trasferimento d'azienda, di cui al primo comma dell'art. 5 della Direttiva n. 23/2001, che troverebbero fondamento e ragione, secondo parte della dottrina lavoristica¹²⁰, proprio sulla finalità liquidatoria della procedura, nel corso della quale il trasferimento venga attuato. Sarebbe, cioè, proprio la finalità di liquidazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente a giustificare le lacune in termini di tutela dei rapporti di lavoro subordinato, come rinuncia necessaria a fronte della prospettiva terminale dell'attività di impresa.

Il secondo comma dell'art. 5 della Direttiva n. 23/2001 introduce la possibilità di non imputare al cessionario i debiti nei confronti dei lavoratori già maturati prima della vicenda circolatoria e di incidere in variazione delle condizioni di lavoro, purché il trasferimento avvenga sempre nell'ambito di procedure di insolvenza, in questo caso però prescindendo dalla loro natura e dalla loro finalità.

Nonostante non sia questa la sede per una trattazione esaustiva dell'argomento, che meriterebbe ben maggiore approfondimento, va segnalato come da più parti, soprattutto nella dottrina italiana¹²¹, si siano rilevati importanti momenti di contrasto della disciplina nazionale rispetto alla normativa comunitaria. Prendendo le mosse dal quadro di riferimento nell'ordinamento interno, il quinto comma dell'art. 47 della L. n. 428/1990, nel prevedere ipotesi derogatorie rispetto

¹²⁰ In questo senso sembrerebbe orientato M. MARINELLI, *Il perdurante*, cit., 819 ss.; E. MARZIANI, *Trasferimento di azienda nell'ordinamento comunitario: la nuova nozione e l'art. 4-bis della direttiva del consiglio del 29 giugno 1998, n. 98/50/CE. Conformità e punti di contrasto con la disciplina italiana*, in *Dir. fall.*, 2000, I, 230 ss.

¹²¹ Si veda l'ampia ricostruzione di M. MARINELLI, *Il perdurante*, cit., 819 ss. In argomento anche G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro*, cit., 107 ss; A. PIZZOFERRATO, *Il trasferimento*, cit., 150 ss; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Crisi*, cit., 237 ss; P. PASSALACQUA, *La Corte*, cit., 365; L. FOGLIA, *Accordo*, cit., 183 ss; M. DE LUCA, *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda: funzione del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di Giustizia nella interpretazione ed applicazione della nuova disciplina nazionale – Prime considerazioni sull'art. 47 della "legge comunitaria del 1990"*, in *Foro it.*, 1991, IV, 288 ss; P. LAMBERTUCCI, *Il trasferimento*, cit., 114 ss; L. D'ARCANGELO, *Trasferimento*, cit., 169 ss; U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, 70 ss; E. MARZIANI, *Trasferimento di azienda*, cit., 230 ss.

all'applicazione del disposto dell'art. 2112 c.c., individua quali condizioni per l'esclusione delle tutele codicistiche da un lato, la sussistenza di specifiche situazioni, tassativamente indicate dal legislatore, dall'altro, la stipulazione di un accordo sindacale circa il mantenimento anche parziale dei rapporti di lavoro aziendali.

Come già anticipato, le fattispecie individuate dall'art. 47 in esame, che consentano, unitamente al menzionato accordo sindacale, la non applicazione dell'art. 2112 c.c., hanno ad oggetto i trasferimenti di aziende o unità produttive per le quali sia stato accertato in via amministrativa lo stato di crisi, ovvero imprese per le quali sia intervenuta una dichiarazione di fallimento, un'omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, l'emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero la sottoposizione all'amministrazione straordinaria, se la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata.

I momenti di più acuto contrasto tra la normativa italiana e quella comunitaria sono stati individuati nelle ipotesi di trasferimento di azienda avvenuto nel corso di una procedura di amministrazione straordinaria, nell'ipotesi di continuazione dell'attività di impresa, e nell'ipotesi di concordato preventivo con cessione dei beni, avente una finalità conservativa.

E ciò in ragione del fatto che la normativa comunitaria sembrerebbe giustificare le deroghe alle tutele dei lavoratori solo in ragione della finalità liquidatoria della procedura.

Orbene per il caso dell'amministrazione straordinaria, il contrasto della normativa italiana risulterebbe probabilmente maggiormente ipotizzabile non con riguardo alla disciplina originaria della procedura, bensì in rapporto alle modifiche introdotte dall'art. 63 del d.lgs. 270/1999, che comportano sicuramente un'accentuazione della finalità conservativa della procedura, rispetto alle previsioni della l. n. 428/1990.

Ma se la finalità liquidatoria della procedura costituisce ragione giustificatrice della deroga alla tutela dei lavoratori prevista dalla direttiva sui trasferimenti d'azienda, si pone il problema di verificare se la sempre più marcata

propensione della legge fallimentare alla conservazione dell'impresa in crisi, che trova proprio nell'affitto endofallimentare uno dei momenti di maggior rilievo, possa incidere sull'impostazione dei rapporti tra normativa italiana e comunitaria in tema di trasferimento d'azienda in corso di fallimento.

Se non può negarsi che l'affitto endofallimentare tenda alla conservazione dell'azienda, per valorizzarne gli *asset* ancora positivi che un'interruzione repentina dell'attività di impresa del fallito pregiudicherebbe in via tendenzialmente definitiva, sembra eccessivo sostenere che la finalità dell'affitto sia in via esclusiva o prevalente quella di preservare il complesso aziendale. Come ampiamente già argomentato, l'interesse alla conservazione del compendio produttivo è sempre funzionale, nel disegno del legislatore, al miglior soddisfacimento dei creditori, con i limiti già delineati.

Discorso analogo è stato fatto con riguardo alla vendita endofallimentare dell'azienda. La vendita dell'intero complesso aziendale o di suoi rami, rispetto alla liquidazione dei singoli beni, va preferita là dove risulti rispondente alla maggiore soddisfazione dei creditori, come disposto dal co. 1 dell'art. 105 l. fall. In tale quadro normativo, la facoltà di poter disporre il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente di cui al co. 3, dell'art. 105, e quindi di poter derogare alle garanzie ex art. 2112 c.c., ha suscitato dubbi, che vanno però risolti tenendo sempre in considerazione la finalità della procedura fallimentare.

Si è sostenuto che la nuova ampia prospettiva di conservazione dell'impresa assoggettata alla procedura fallimentare, comporta degli elementi di contrasto, per la disposizione che consente il mantenimento parziale dei rapporti di lavoro in capo al cedente, con la *ratio* della normativa comunitaria ancorata alla finalità liquidatoria della procedura.

Ma se, da un lato, sembra da rifiutare l'interpretazione per cui la nuova disciplina della vendita endofallimentare dell'azienda abbia inciso sulle finalità, che permangono a ben vedere liquidatorie, della procedura fallimentare, va *a fortiori* segnalato che la deroga all'applicazione dell'art. 2112 c.c. in ipotesi di fallimento è espressamente contemplata dalla normativa comunitaria.

Suscita perplessità ritenere che il mutamento prospettico del legislatore italiano in riferimento alla fase della liquidazione dell'attivo, che pur sempre *liquidazione* rimane, e la maggior attenzione al mantenimento dell'integrità del compendio aziendale, rispetto all'impostazione originaria della legge fallimentare, metta in dubbio la possibilità di una qualificazione della procedura fallimentare come procedura di insolvenza finalizzata alla liquidazione dei beni (del cedente).

D'altronde il disposto del co. 1, dell'art. 4-*bis*, della direttiva 98/50/CE espressamente equipara il fallimento ad una procedura di insolvenza aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente.

Sul punto si deve però segnalare che, a sostegno della tesi contraria, si è richiamata la posizione della giurisprudenza comunitaria là dove, nel vigore della direttiva del '77, utilizzava come criterio, decisivo per l'ambito di applicazione della direttiva, la finalità della procedura, nel senso che la normativa a tutela dei lavoratori avrebbe dovuto trovare applicazione in tutti i casi in cui si disponesse la prosecuzione dell'attività d'impresa¹²². E, sul piano interno, si è fatto notare che anche nella disciplina nazionale sul trasferimento di azienda si rinviene un tale criterio esegetico, nella parte in cui è prevista la possibilità di derogare alle tutele *ex art. 2112 c.c.*, in ipotesi di concordato preventivo con cessione dei beni avente finalità conservativa e di amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività sia stata disposta o non sia cessata, *ex art. 47, co. 5, l. n. 428/1990*.

E' stato, alla luce di tali considerazioni, sostenuto che il caso di fallimento con prosecuzione dell'attività di impresa, sia pur da parte di un terzo, non dovrebbe rientrare nelle ipotesi di deroga al mantenimento dei diritti dei lavoratori nel trasferimento di azienda o di un suo ramo. In questa direzione, si valorizza la *ratio* della normativa europea in materia di trasferimento di azienda, con l'obiettivo di impedire che i lavoratori vengano pregiudicati, con riferimento alle condizioni di lavoro, in conseguenza della circolazione del compendio.

¹²² Corte Giust. UE 25-7-1991, D'Urso, causa n. 362/89, con nota di R. FOGLIA, *Trasferimenti di aziende, procedure concorsuali <<conservative>> e diritto comunitario*, in *Dir. lav.*, 1991, II, 329 ss. In questo senso, si veda, inoltre, Corte Giust. UE 7-12-1995, Spano, causa n. 472/93; E. MARZIANI, *Trasferimento*, cit., 238; G. ARRIGO, *Il diritto*, cit., 106-107.

Tale soluzione suscita però alcuni dubbi, quanto meno per il superamento del dato testuale della normativa comunitaria, che fa riferimento alla finalità liquidatoria della procedura, e non alla prosecuzione dell'attività di impresa del fallito.

Ma si ponga attenzione in via specifica all'istituto di nostro interesse: l'affitto endofallimentare di azienda. L'art. 2112 c.c. va applicato a tutte le ipotesi di mutamento soggettivo della parte datoriale, in seno a una vicenda circolatoria dell'azienda, per cui non può escludersi la sua applicazione per l'affitto, che comporta una concessione in godimento dell'azienda a un terzo. Per cui in mancanza dei requisiti dimensionali necessari all'applicazione dell'art. 47 l. 428/1990, e dell'eventuale accordo sindacale previsto dalla disciplina in questione, la circolazione dell'azienda a titolo d'affitto comporterà applicazione dell'art. 2112 c.c., con mantenimento dei rapporti di lavoro in capo all'affittuario, responsabilità dell'affittuario per i debiti da lavoro pregressi, che potrà sicuramente scoraggiare la stipulazione del contratto, applicazione dei trattamenti economici e normativi di cui ai contratti collettivi vigenti alla data dell'affitto fino a scadenza¹²³.

Per le imprese che rientrino invece nell'ambito di applicazione dell'art. 47 l. 428/1990 gli organi della procedura dovranno rispettare gli obblighi informativi e di consultazione sindacale previsti dalla norma, e dunque la stipulazione del contratto dovrà essere preceduta dal procedimento finalizzato al raggiungimento di un eventuale accordo sindacale sulla gestione del mantenimento dei rapporti di lavoro a seguito della circolazione dell'azienda. Nel caso in cui poi si pervenga ad un accordo dovrà essere fornita informativa al giudice delegato, di recepimento del contenuto dell'accordo medesimo¹²⁴.

Per le imprese non "socialmente rilevanti", invece, l'unico modo per impedire l'applicazione dell'art. 2112 c.c., nella parte, in via peculiare, che prevede la responsabilità dell'affittuario per i debiti della procedura nei confronti dei lavoratori, sarebbe la disdetta in tempo utile dei rapporti di lavoro subordinato da parte della curatela, non risultando sufficiente, a tal fine, una temporanea interruzione dell'attività di impresa a seguito dell'apertura della procedura fino al momento dell'affitto.

¹²³ F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 459 ss., ID., sub art. 104-bis, cit., 1623.

¹²⁴ F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 459, nt. 62.

Una deroga esplicita alla tutela prevista dall'art. 2112 c.c. è stata invece prevista in caso di retrocessione al fallimento di aziende, o di rami di aziende, a seguito della cessazione del rapporto contrattuale, che non comporta la responsabilità per i debiti maturati sino alla retrocessione, *ex co.* 6, art. 104-*bis* l. fall.

Tale quadro normativo è stato diversamente interpretato.

Per parte della dottrina¹²⁵ la deroga alle tutele riconosciute dall'art. 2112 c.c. per i crediti retributivi e da lavoro - pur non potendosi configurare nella fattispecie in esame elementi di contrasto rispetto alla normativa comunitaria, poiché, come già accennato, la possibilità di non trasferire al cessionario i debiti sorti prima del trasferimento è riconosciuta dalla direttiva n. 98/50/CE, anche a prescindere dalla finalità liquidatoria della procedura- sarebbe sintomo di una mancanza di attenzione da parte del legislatore rispetto agli interessi dei lavoratori, sacrificati per agevolare vicende circolatorie funzionali al maggior soddisfacimento dei creditori.

Per altra parte, invece, la scelta del legislatore di non prevedere per l'affitto endofallimentare ipotesi derogatorie, salva la disciplina di cui all'art. 47 l. 428/90 per le aziende aventi i requisiti per accedere al trattamento di cassa integrazione straordinaria, risulterebbe inopportuna, anche alla luce del quadro europeo che avrebbe consentito una soluzione in tal senso, rientrandosi nell'ipotesi di cui al co. 4-*bis*, § 3, della direttiva n. 98/50¹²⁶. E, in effetti, non può negarsi che lo spauracchio della responsabilità per i debiti da lavoro pregressi potrebbe scoraggiare potenziali interessati all'affitto, limitando sicuramente la fruibilità dell'istituto, con effetti pregiudizievoli, da ultimo, degli interessi degli stessi lavoratori, che potrebbero correre il rischio che si opti, in mancanza di valide soluzioni alternative, per una liquidazione atomistica dell'azienda.

¹²⁵ Per una ricostruzione delle opinioni L. DE ANGELIS, *Fallimento e rapporti di lavoro: brevi considerazioni dopo la riforma del 2006*, in *Foro it.*, 2007, V, 86 ss; A. M. PERRINO, *Le deroghe alle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda d'imprenditore in crisi o insolvente*, in *Foro it.*, 2007, I, 2157.

¹²⁶ F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 460.

3.3.1 (segue) il riferimento alla tutela occupazionale come criterio per la selezione del contraente e la sua portata esegetica.

Tra i dati normativi da cui sembra emergere un'attenzione del legislatore per la tutela dei rapporti di lavoro aziendale in sede di affitto endofallimentare va menzionato il disposto dell'art. 104-bis, co. 2, che enuclea i criteri che il curatore dovrà seguire per la selezione dell'affittuario, in sede di procedimento di individuazione della controparte contrattuale.

Tra i criteri individuati dal legislatore spicca, *prima facie* come un'anomalia sistematica, il riferimento alle prospettive di mantenimento dei livelli occupazionali, sia pur come indicazione ausiliaria rispetto a quella relativa all'idoneità del piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale da parte dell'offerente.

Si tratta di capire la portata di sistema del riferimento alla tutela dei livelli occupazionali. Sembra difficile ritenere che la previsione del criterio in analisi da parte del legislatore possa rappresentare dato valido ad argomentare per una rilevanza dell'interesse al mantenimento dei rapporti di lavoro rispetto alla decisione dell'affitto, e al bivio continuazione/interruzione dell'attività di impresa¹²⁷.

La considerazione è stata già avanzata in tema di esercizio provvisorio, sia pur nella consapevolezza dell'assenza di un riferimento esplicito, nella norma di cui all'art. 104 l. fall., all'interesse dei lavoratori come criterio orientativo delle scelte degli organi della procedura, escludendo che il riferimento nella disciplina dell'affitto d'azienda potesse avere portata generalizzata e dunque costituire appiglio esegetico per i casi di prosecuzione dell'impresa del fallito in corso di procedura.

E' vero che la previsione espressa in materia di affitto d'azienda potrebbe portare a conclusioni differenti, riguardo al nostro istituto, rispetto a quanto disposto

¹²⁷ Si veda, invece, F. MARTORANO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, Torino, 2010, 356-357, il quale sostiene che la conservazione dei livelli occupazionali sia parametro di valutazione del piano industriale, deducendone, però, con argomentazione che suscita perplessità, che il mantenimento dei posti di lavoro assurga a requisito per la valutazione delle offerte, sembrerebbe accanto agli altri tre criteri legali. Ciò anche alla luce delle considerazioni seguenti dell'Autore, il quale sostiene "non solo che, a parità di prospettive di continuazione dell'attività, debba essere preferito il programma che consente il raggiungimento di tale obiettivo mantenendo inalterati il numero dei lavoratori impegnati, ma che lo debba essere anche se ciò fosse a scapito della maggiore redditività dell'azienda [corsivo nostro] e, quindi, della misura del canone del quale l'affittuario è in grado di garantire il pagamento".

in materia di esercizio provvisorio dell'impresa del fallito. Ma, a ben vedere, una soluzione differente per l'affitto endofallimentare deve ritenersi difficilmente sostenibile.

Va, sul punto, in primo luogo evidenziato come il legislatore non faccia alcun riferimento all'esigenza di mantenere i posti di lavoro come scopo dell'istituto, ovvero come finalità che potrebbe essere perseguita con l'affitto dell'azienda del fallito. L'affitto endofallimentare, anzi, sembrerebbe funzionalmente orientato per il disposto dell'art. 104-*bis*, co. 1 soltanto alla futura vendita in blocco del compendio, per il maggior possibile soddisfacimento dei creditori.

Dunque, va preso atto che il legislatore non ha inteso porre la tutela dei rapporti di lavoro come obiettivo dell'operazione.

Il riferimento al mantenimento dei livelli occupazionali viene inserito solo tra i criteri di scelta del contraente. Non dunque in ordine alle finalità dell'affitto, per orientare la decisione se procedere o meno alla concessione in godimento dell'azienda, ma in ordine alla selezione dell'affittuario, come criterio per selezionare l'offerta più conveniente da parte degli organi della procedura.

Di più, il rilievo del mantenimento delle prospettive occupazionali è, seguendo la lettera della legge, meramente sussidiario; si tratta di un elemento di specificazione del più vasto parametro rappresentato dal piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale¹²⁸. Non bisogna commettere, però, l'errore di ritenere i due criteri integrati, risolvere dunque la valutazione del piano di prosecuzione dell'attività di impresa nello specifico aspetto della tutela e conservazione dei posti di lavoro che il piano prospetti. Il piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale va valutato nella sua complessità e non soltanto con riferimento alla parte relativa al mantenimento dei livelli occupazionali. Il riferimento al piano di cui all'art. 104-*bis* come criterio di selezione del contraente va considerato come espressione di un'esigenza di conservazione e valorizzazione dell'impresa, in precedenza esercitata dal fallito, tramite il compendio aziendale nella sua interezza, e non dell'interesse

¹²⁸ Così anche F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 356-357, che sostiene che la conservazione dei livelli occupazionali sia parametro di valutazione del piano industriale, deducendone, però, con argomentazione che suscita perplessità, che il mantenimento dei posti di lavoro assurga a requisito per la valutazione delle offerte, sembrerebbe, accanto agli altri tre criteri legali.

dei lavoratori alla conservazione del posto di lavoro nell'ambito della vicenda circolatoria dell'azienda. L'assunta autonomia dei due criteri consente un approccio in parte differente rispetto all'impostazione tenuta finora dai commentatori della riforma, riguardo all'individuazione di un rapporto gerarchico tra i tre criteri per la scelta dell'affittuario indicati dal legislatore all'art. 104-*bis* l. fall.

Da un lato si è sostenuta infatti, a ben vedere correttamente, la subordinazione del criterio del mantenimento dei livelli occupazionali rispetto agli altri criteri previsti per la scelta del contraente¹²⁹. Ma da ciò si è fatta discendere, a mio avviso con un salto argomentativo che suscita qualche perplessità, la decisività del criterio solo nel caso di offerte equivalenti dal punto di vista economico. Sembra cioè che in questo modo di argomentare si tenda a confondere il criterio del piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale con l'elemento di specificazione rappresentato dal riferimento alla conservazione dei posti di lavoro, che il piano medesimo deve contenere.

Si argomenta per la subordinazione del criterio "occupazionale" rispetto agli altri nella scelta dell'affittuario in base al tenore letterale della norma, che utilizza l'espressione generica "avuto riguardo a", che non sembra deporre per un ruolo discriminante del criterio rispetto agli altri, al contrario rimandando a una valutazione aggiuntiva e solo residuale; in base ad un'assunta impraticabilità di una soluzione differente, per cui "pesare" criteri così eterogenei come quelli indicati dall'art. 104-*bis* l. fall. risulterebbe di difficile realizzazione¹³⁰; in base alla possibile frizione tra l'interesse al mantenimento dei posti di lavoro e l'interesse dei creditori, che andrebbe comunque considerato prioritario.

Ma tale interpretazione suscita alcune perplessità allorché si ritenga che il criterio relativo al piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale si risolva solo

¹²⁹ Si veda P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 32 ss. A. PACIELLO, sub *art. 104-bis*, cit., 5; si vedano anche le considerazioni sul punto di F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1629; F. LICONTI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. SCHIANO-DI PEPE, Padova, 2007, 424; L. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 75-76; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1373.

¹³⁰ Segnala le difficoltà di un contemperamento di interessi così eterogenei come quelli dei creditori e dei lavoratori in termini generali, e l'impossibilità di un successivo sindacato giudiziale della decisione dal bilanciamento derivante L. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 79.

nel momento della conservazione dei rapporti di lavoro che il piano debba prevedere.

Si tratta invece di due elementi distinti, che operano su piani ben diversi.

Il riferimento alla prospettiva di mantenimento dei livelli occupazionali è soltanto, a mio avviso, criterio di specificazione e valutazione del piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale, che viene nella sua complessità a essere decisivo per la scelta del contraente.

D'altronde, solo in questo modo potrebbe essere letta in maniera corretta la norma, nella parte in cui utilizza l'inciso "avuto riguardo a", che sembra rinviare appunto a un referente logico precedente, il piano, da valutare in via specifica con riferimento al distinto elemento che viene in esame, la tutela dei posti di lavoro. Dunque, la conseguenza per la quale i criteri indicati dal legislatore per la scelta dell'affittuario si porrebbero in rapporto gerarchico tra loro, per cui soltanto a fronte di offerte economicamente equivalenti potrebbero operare i criteri ulteriori per orientare la scelta dell'affittuario¹³¹, sembrerebbe non conforme allo spirito e alla lettera della legge.

D'altro canto, sostenere l'equiordinazione dei criteri legali, come pure è stato fatto, è possibile solo là dove si precisi come il riferimento al mantenimento dei livelli occupazionali sia momento di specificazione del criterio relativo al piano imprenditoriale, e non assuma in sé invece autonomia funzionale.

Per cui, ad esempio, il curatore non potrebbe optare per l'offerta in cui sia previsto il canone inferiore, sol perché tale offerta sia combinata con una migliore prospettiva di conservazione dei rapporti di lavoro¹³².

Al massimo potrebbe sostenersi che tale prospettiva potrebbe risultare nel caso concreto maggiormente funzionale ad una migliore valorizzazione dell'azienda¹³³, in vista della più proficua vendita¹³⁴.

¹³¹ Così invece, sembrerebbe, P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 32 ss. A. PACIELLO, sub *art. 104-bis*, cit., 5.

¹³² Così invece F. MARTORANO, *L'azienda*, e cit.; 356; e sia pur argomentando in senso parzialmente diverso, nell'ottica della funzionalizzazione dell'istituto alla futura vendita, F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, 1629; F. LICONTI, *L'esercizio*, 424; L. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 75-76.

¹³³ Così F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, 1629; F. LICONTI, *L'esercizio*, 424; L. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 75-76,

Il problema di fondo consiste nel fatto che il piano imprenditoriale presentato dall'offerente va valutato dagli organi della procedura nella sua complessità e non soltanto con riferimento all'aspetto, che ha sì un valore specifico, stante l'espresso richiamo della norma, ma non assurge a criterio di scelta autonoma che si affianchi agli altri criteri legali, relativo alla conservazione dei posti di lavoro.

Per cui sembra possibile propendere per la tesi dell'equiordinazione¹³⁵ dei tre criteri, che debbano venire contemperati e bilanciati da parte del curatore nella selezione dell'offerta più vantaggiosa, purché però si ritenga che il piano di

¹³⁴ Ma tale impostazione è stata criticata perché implicherebbe una privazione di autonomia concettuale al riferimento alla tutela dei livelli occupazionali, così P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 32 ss. Contrario nettamente a tale impostazione è F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 356, che afferma che il tentativo di conciliare la conservazione dei livelli occupazionali, come criterio di valutazione delle offerte, con la finalità di massimizzazione del profitto, nell'ottica dell'interesse dei creditori, sarebbe contraddetto dall'esperienza che considera l'onere del personale dipendente una delle maggiori remore al rilievo dell'azienda. Remora della quale si sarebbe reso interprete anche il legislatore, con la previsione degli accordi sindacali in deroga al disposto dell'art. 2112 c.c., dal che addurre a ragione dell'inserimento del requisito la circostanza che l'affitto endofallimentare sia funzionale alla più proficua vendita non rappresenterebbe spiegazione appagante in quanto al fine della liquidazione ottimale a contare sarebbe solo la prosecuzione dell'attività atta ad impedire la perdita della clientela e il deterioramento degli impianti, e non la conservazione dei posti di lavoro.

La tesi suscita però diversi dubbi, in quanto sembra risentire di una visione dell'impresa in cui il fattore-lavoro abbia un'incidenza ridotta e seriale, con facilità di sostituzione del singolo dipendente, forse non condivisibile alla luce della dimensione articolata del concetto di "impresa" attuale, comprendente anche realtà dinamiche in cui sempre più il momento delle *idee* e del bagaglio specifico di competenze tecnico-scientifiche o di patrimonio in termini reputazionali dei prestatori di lavoro, alle dipendenze dell'imprenditore, rilevi come *asset* e risulti determinante. Non per nulla F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 357, in nt. 20 tende a svalutare la tesi, sia pur espressa in forma dubitativa, di M. SANDULLI, *La crisi di impresa*, Torino, 2009, 150 per cui il requisito in questione concernerebbe la conservazione del *know-how* proprio dell'azienda.

¹³⁵ Propende per l'equiordinazione dei criteri legali M. SANDULLI, sub *art. 104-bis*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO e M. SANDULLI, Torino, 2006, 612 ss., che però, pur negando la sussistenza di un ordine gerarchico tra i criteri, sostiene che "nella comparazione e contemperazione degli interessi in gioco non si potrà comunque trascurare del tutto l'interesse dei creditori"; E. BERTACCHINI, *L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo*, in AA. VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, 333; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1090.

Sostengono invece la tesi della possibilità di preferire l'offerta che combini il canone inferiore con le migliori prospettive di mantenimento dei rapporti di lavoro, se nel caso concreto funzionale all'incremento di valore dell'azienda e dunque della più proficua liquidazione in blocco, F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, 1629; F. LICONTI, *L'esercizio*, 424; L. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 75-76, il quale peraltro sostiene che il comitato dei creditori debba autorizzare anche la scelta del contraente, a nostro parere invece rimessa alla discrezionalità del curatore. La tesi suscita delle perplessità perché sembra risolvere il criterio dell'attendibilità del piano imprenditoriale nell'analisi prospettica circa la conservazione dei livelli occupazionali; inoltre sembra ridurre l'istanza di protezione dei lavoratori a mera specificazione dell'interesse tipico del ceto creditorio alla valorizzazione dell'azienda.

prosecuzione dell'attività vada valutato in tutti i suoi aspetti e non soltanto nell'analisi prospettica del mantenimento dei livelli occupazionali.

Sembra corretto dunque interpretare il disposto dell'art. 104-*bis* l. fall. nel senso di una possibilità di preferenza dell'offerta che preveda un canone d'affitto inferiore, a fronte di una maggiore attendibilità e validità del piano presentato, nella prospettiva della continuazione dell'attività di impresa tramite l'azienda, e non solo, pare, in relazione alle aspettative di tutela dei rapporti di lavoro aziendali.

Ciò nell'ottica di una convergenza tra istanza di massimizzazione del ricavato dalla liquidazione della massa attiva fallimentare, e dunque di un incremento dell'ammontare da distribuire ai creditori, ed esigenza di conservazione in attività del compendio aziendale.

In quest'ottica, la preferenza per l'offerta che preveda un canone d'affitto inferiore potrebbe giustificarsi se gli svantaggi derivanti dal minor canone percepito risultino compensati dai vantaggi, anche in termini prettamente economici di incremento o mantenimento di valore dell'azienda, che potrà poi comportare un maggior profitto in sede di vendita, derivanti da un più attendibile piano di prosecuzione dell'attività¹³⁶.

Sembrirebbe far propendere per tale tesi il dato letterale del co. 2 dell'art. 104-*bis* l. fall. che menziona i tre criteri per la selezione dell'offerta più vantaggiosa senza individuare un ordine gerarchico tra gli stessi (a differenza di quanto avviene, ad esempio, in sede di scelta tra liquidazione atomistica e cessione in blocco del complesso aziendale, *ex art.* 105, co. 1, l. fall., dove la residualità della liquidazione individuale dei beni della massa è esplicitata dalla norma).

E l'argomento per cui si tratterebbe di elementi non comparabili appare poco conducente, perché, da un lato, non si capisce per quale motivo, vista l'assunta impossibilità di bilanciamento tra i criteri, la preferenza andrebbe data a quello economico, del canone d'affitto offerto; dall'altro, non è certo l'unica occasione in cui il legislatore individua dei criteri qualitativamente differenti da temperare nella scelta di un'offerta, si pensi, ad esempio, alla disciplina in materia di procedura

¹³⁶ Per l'opinione per cui invece vada senz'altro preferita l'offerta che preveda il canone d'affitto economicamente più vantaggioso sembrerebbe A. PACIELLO, sub *art.* 104-*bis*, cit., 5; P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 32 ss.

di evidenza pubblica, e all'eterogeneità dei criteri per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuati dall'art. 83 del d.lgs. 163/2006; la valutazione sarà rimessa alla discrezionalità del curatore, e potrà essere oggetto di sindacato giudiziale là dove si presenti del tutto arbitraria, irragionevole o viziata da difetto di motivazione.

Ciò che però sembra potersi affermare è che il riferimento alla prospettiva di mantenimento dei livelli occupazionali ha rilievo come elemento di specificazione del criterio relativo al piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale, per cui, a parità di canone e garanzia offerte, là dove unico criterio discretivo possa essere l'attendibilità del piano, l'aspetto relativo alla conservazione dei posti di lavoro potrebbe avere rilievo decisivo.

Non può però da ciò certo desumersi un rilievo sistematico generale del riferimento al mantenimento dei rapporti di lavoro¹³⁷. Come visto, l'istanza di tutela dei lavoratori nel momento della circolazione dell'azienda non è menzionata tra gli obiettivi perseguiti dall'istituto, ma soltanto come criterio residuale per orientare la scelta dell'affittuario. D'altro canto, non può sottovalutarsi che il riferimento ai livelli occupazionali non è presente né in sede di disciplina dell'esercizio provvisorio, istituto che presenta finalità analoghe all'affitto endofallimentare, né in materia di vendita in blocco del complesso aziendale, dove anzi, come visto, è previsto che nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possano convenire il trasferimento *solo parziale* dei lavoratori alle dipendenze del cessionario, e ulteriori modifiche del rapporto di lavoro.

Sembra dunque corretto ritenere che il riferimento alle aspettative di mantenimento dei livelli occupazionali non possa assurgere a interesse protetto e a *ratio* dell'istituto, presentandosi però come dato da tenere in considerazione quando ciò possa risultare utile, per far propendere la decisione del curatore per l'una o per l'altra offerta presentata dai soggetti interessati all'acquisto; si tratta di un criterio selettivo residuale, che nella funzione che riveste nel sistema appare compatibile con

¹³⁷ Ritiene implicito, invece, dall'inserimento tra i criteri di scelta dell'affittuario della possibilità di conservazione dei livelli occupazionali, anche il raggiungimento di finalità sociali F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 353, nt. 6; Si veda anche M. SANDULLI, *La crisi*, cit., 149.

la struttura di fondo della normativa, in quanto poco incidente sugli altri interessi coinvolti nell'operazione.

Tale conclusione è suffragata anche, in prospettiva comparatistica, dall'evoluzione analoga, sul punto, dell'ordinamento francese, con riferimento all'istituto della *location-gérance du fond du commerce* nella procedura di insolvenza. Lo strumento è stato introdotto originariamente con la *loi du 25 janvier 1985*, che disciplinava una procedura di risanamento giudiziario affidata al tribunale di commercio, nel caso di debitore commerciante, o altrimenti al *tribunal de grande instance*. Tale procedura era fondata su un piano, redatto al termine di un periodo di osservazione di tre mesi, che poteva prevedere la continuazione dell'impresa o la cessione dell'azienda. In questo quadro si inseriva la *location-gérance*,¹³⁸ come strumento per conoscere le caratteristiche dell'impresa da parte del conduttore, con la previsione però, in ogni caso, di un obbligo di acquisto da parte dell'affittuario, a termine del rapporto. La legge subì forti critiche¹³⁹, in quanto troppo protesa verso la tutela della sorte dell'impresa e dei rapporti di lavoro, tanto da subire numerosi interventi modificativi, a partire dalla l. n. 475 del 10 giugno 1994.

Oggi, a seguito della riforma delle procedure concorsuali del 2006 in Francia, la *location-gerance* ha perso del tutto la sua vocazione "sociale", di tutela dei rapporti di lavoro aziendali. L'istituto è disciplinato dall'Art. L642-13, *code de commerce*, che prevede che "*par le jugement qui arrête le plan de cession, le tribunal peut autoriser la conclusion d'un contrat de location-gérance, même en présence de toute clause contraire, notamment dans le bail de l'immeuble, au profit de la personne qui a présenté l'offre d'acquisition permettant dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi et le paiement des créanciers*", continuando, poi, al secondo comma, "*Le tribunal statue après avoir entendu ou dûment appelé le liquidateur, l'administrateur judiciaire lorsqu'il en a été désigné, les contrôleurs, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués*

¹³⁸ Sulla *location-gérance* nella disciplina previgente si vedano: J. PAILLUSSEAU - J.J. CAUSSAIN - H.LAZARSKY - P. PEYRAMAURE, *Le cession d'entreprise*, Paris, 1993, 662 s.; Y. GUYON, *Droits des affaires. Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire-Faillite*, 5 ed., II, Paris, 1995, 355 s.

¹³⁹ Si veda sul punto A. LIENARD, *De nouvelles propositions pour réformer la loi du 25 janvier 1985. Le rapport de la commission Field Verny*, in *Rev. de procédures collectives*, 1993, 1.

du personnel et toute personne intéressée et après avoir recueilli l'avis du ministère public".

La *location-gérance* è concepita oggi come una modalità di cessione dell'azienda, a questa inscindibilmente collegata: il piano di cessione dovrà intervenire entro due anni; inoltre affittuario potrà essere considerato solo il soggetto individuato come cessionario nel piano di cessione¹⁴⁰.

Dunque non più tutela dei lavoratori ma valorizzazione del compendio ai fini della più proficua vendita: anche nell'ordinamento francese l'affitto d'azienda nella procedura di regolazione della crisi di impresa non è improntato al mantenimento dei livelli occupazionali.

Allo stesso modo d'altronde, si è già visto anche nell'ordinamento britannico non è consentito il ricorso alla procedura di *administration* per il solo fine dichiarato della conservazione di posti di lavoro, mentre tale procedimento risulta finalizzato alla salvaguardia dell'impresa in crisi e al suo risanamento, come obiettivo principale, pur potendo sfociare nella liquidazione dell'impresa collettiva come alternativa residuale, in questo caso con esiti simili alla procedura fallimentare italiana, dove la fase liquidatoria viene integrata da un momento gestionale di continuazione dell'impresa, cui l'affitto endofallimentare è funzionale¹⁴¹.

3.3.2 (segue) *il diverso atteggiarsi dell'istituto dell'affitto endofallimentare di cui all'art. 104-bis l. fall. rispetto all'affitto dell'azienda socialmente rilevante di cui alla l. 223/1991.*

L'impostazione del legislatore della riforma rispetto a finalità e funzioni dell'affitto endofallimentare, nella costruzione della norma di cui all'art. 104-bis l. fall., presenta dunque aspetti di profonda differenza rispetto all'analogo istituto previsto dall'art. 3, co. 4, l. n. 223/1991.

¹⁴⁰ Si veda già nel vigore del testo previgente Ca Antibes, 11 avr. 1986, D. 1986, 307, con nota di F. DERRIDA; T. comm. Paris, 13 oct. 1986, *LPA* 1986, n. 139, 28; nel vigore del testo attuale così, *Difficultés des entreprises. Commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, sub art. L642-13, diretto da J. VALLANCAN, Paris, 2009.

¹⁴¹ Così A. KEAY - P. WALTON, *Insolvency Law*, cit., 42.

La legge del 1991, che riconosceva a livello positivo l'ammissibilità della affitto in corso di procedura fallimentare, si contraddistingueva per un ambito applicativo soggettivo limitato alle sole aziende "socialmente rilevanti", ovvero aventi i requisiti dimensionali e occupazionali per accedere al trattamento della cassa integrazione straordinaria.

Era, infatti, verso una collettivizzazione del dissesto di imprese con un notevole impatto sul piano sociale che spingeva detta normativa, individuando nell'affitto endofallimentare l'istituto in grado di consentire una prosecuzione dell'attività imprenditoriale e la conservazione dei rapporti di lavoro, in precedenza alle dipendenze dell'imprenditore fallito.

In tale ottica, il legislatore del '91 cercava di incentivare il ricorso all'affitto, premiando l'affittuario che si accollasse i costi per il mantenimento in attività dell'impresa e per la preservazione dei posti di lavoro nell'azienda, nella prospettiva di un futuro acquisto del compendio aziendale, accordando, nonostante l'ampio dibattito che si era sviluppato in precedenza circa l'ammissibilità di prelazioni legali nell'ambito di procedimenti di liquidazione coattiva, un diritto di prelazione sull'azienda affittata.

L'art. 3 co. 4 della l. n. 223 del 23 luglio 1991, recante "norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità Europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro", stabiliva, infatti, che all'imprenditore che a titolo di affitto, avesse assunto la gestione, anche parziale, di aziende appartenenti ad imprese assoggettate a fallimento, concordato preventivo con cessione dei beni, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, dovesse venir riconosciuto un diritto di prelazione nel caso in cui ne venisse stabilita la vendita, là dove la continuazione dell'impresa non sia stata disposta o sia cessata¹⁴².

Da un lato, si riconosceva in via legislativa l'ammissibilità dell'affitto in corso di procedura concorsuale, aderendo in verità ad un prassi giurisprudenziale già da diversi anni affermata, dall'altro, si ricollegava l'istituto dell'affitto alla futura vendita dell'azienda tramite il riconoscimento del diritto di prelazione all'affittuario.

¹⁴² Si veda F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 71 ss.

La norma sembra rispondere all'istanza di sostegno ai livelli occupazionali e all'interesse dei lavoratori al mantenimento del posto di lavoro in caso di crisi della parte datoriale, puntando alla valorizzazione dell'azienda e alla continuazione dell'impresa, per impedire il pregiudizio che un'interruzione repentina dell'attività economica potesse derivare, non soltanto al compendio aziendale, ma in via specifica ai dipendenti dell'imprenditore fallito, esposti al rischio della cessazione del rapporto di lavoro¹⁴³.

Tale finalità è evidente sol che si guardi all'alveo applicativo della norma, applicabile alle sole imprese aventi i requisiti per l'accesso alla cassa integrazione straordinaria, prevista dal co. 1 della l. n. 223/1991, nonché al quadro sistematico, visto che la disposizione sull'affitto in corso di procedura concorsuale è inserita in un contesto normativo che di tutela del lavoro si occupa.

E' stata addirittura adombrata la possibilità che l'affitto venisse, nel sistema della legge, considerato come alternativa proprio alla cassa integrazione a protezione dei lavoratori alle dipendenze dell'imprenditore in crisi e assoggettato a procedura concorsuale. L'affitto cioè rappresenterebbe una soluzione alternativa al ricorso ad ammortizzatori sociali, come la CIGS¹⁴⁴.

E alla stessa *ratio* sembra ispirato il riconoscimento del diritto di prelazione legale all'affittuario che gestisca l'azienda socialmente rilevante. L'affitto si giustificerebbe in un'ottica premiale¹⁴⁵ nei confronti dell'affittuario e di incentivo a carattere sociale¹⁴⁶, qualificandosi dunque come anomalia di sistema, nella misura in cui privilegi l'interesse alla conservazione dei livelli occupazionali, rispetto

¹⁴³ Così F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 71 ss.

¹⁴⁴ A tal punto che si è argomentato che i dipendenti ammessi in via temporanea al trattamento della cassa integrazione a seguito dell'apertura della procedura, che si opponessero successivamente all'assunzione da parte dell'affittuario dovrebbero essere esclusi dal curatore rispetto ad eventuali proroghe dell'integrazione salariale. Così F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 109.

¹⁴⁵ In questa direzione Cass. 10 febbraio 1999, n. 1296, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 307, n. 1124; Cass. 3 novembre 1994, n. 9052, in *Fallimento*, 1995, I, 963, con nota di G. LO CASCIO, *Cassa integrazione alle imprese in procedura concorsuale e prelazione dell'affittuario*; Trib. Roma, 7 gennaio 1993, e 25 febbraio 1993, in *Dir. fall.*, 1993, II, 35 con nota di E. NORELLI, *La prelazione dell'affittuario nella vendita fallimentare dell'azienda*; Trib. Napoli, 3 marzo 1994, in *Dir. fall.*, 1995, 968; Trib. Udine 27 novembre 1995, in *Dir. fall.*, 1996, II, 772; in dottrina F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 156- 157; AA.VV., *Atti del convegno di Latina del 21 novembre 1992, Impresa in crisi: conservazione affitto e prelazione*, in *Dir. fall.*, 1993, I, 197 s.

¹⁴⁶ Cass., 14 maggio 1998, n. 4852, in *Fallimento*, 1999, 593; F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 157.

all'obiettivo tipico delle procedure concorsuali rappresentato dal maggior soddisfacimento dei creditori, che trovi ragione giustificatrice nel *favor* legislativo verso il soggetto che sollevi l'impresa in crisi o insolvente e la collettività dai costi delle retribuzioni e degli altri oneri lavoristici per i dipendenti, consentendo la continuazione dell'impresa in crisi. E d'altronde proprio in questo carattere eccezionale si individuava l'argomento per impedire un'applicazione analogica dell'istituto anche alle imprese non aventi i requisiti per l'ammissione alla CIGS¹⁴⁷.

Ratio rispondente all'istanza di mantenimento dei livelli occupazionali per imprese "socialmente rilevanti" in stato di crisi, di cui si garantisce la prosecuzione dell'attività, e collegamento strutturale ineludibile con la futura vendita, tramite il riconoscimento del diritto di prelazione legale all'affittuario dell'azienda: sono questi i cardini della normativa del 1991.

Sono dunque chiare le differenze di impostazione rispetto alla previsione di cui all'art. 104-*bis* l. fall.: l'istanza alla tutela occupazionale non anima a ben vedere il legislatore della riforma, che alla prospettiva di conservazione dei livelli occupazionali assegna sì, come visto, un ruolo, ma non tale da assurgere a *ratio* dell'istituto, a differenza di quanto avveniva per l'intervento del 1991, piuttosto limitato al momento della scelta dell'affittuario, con funzione meramente sussidiaria, rispetto al criterio dell'attendibilità del piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale. La riforma della legge fallimentare è più orientata alla conservazione riallocativa degli *asset* ancora positivi del compendio aziendale, non più, o comunque non soltanto, con finalità di tutela dell'occupazione come la legislazione speciale, ma nel quadro di un bilanciamento di interessi più ampio, che guardi come visto *in primis* al più proficuo e rapido soddisfacimento delle ragioni creditorie, e che possa eventualmente considerare la conservazione dell'azienda in sé come esigenza da tenere in conto.

Inoltre, la disposizione della l. 223/1991 relativa al riconoscimento del diritto di prelazione legale all'affittuario dell'azienda non è stata riprodotta dal legislatore del 2006, che, nell'ammettere e disciplinare in via generale l'affitto endofallimentare

¹⁴⁷ Tra le altre, Cass. civ., 14 maggio 1998, n. 4852, in *Fallimento*, 1999, 593, con nota di M. NALDINI; Cass. civ., 5 maggio 2000, n. 5643, in *Dir. fall.*, 2000, II, 690, con nota di G. RAGUSA MAGGIORE, *Affitto dell'azienda e prelazione dell'affittuario: disciplina generale o speciale?*; da ultimo, Cass. civ., 27 aprile 2006, n. 9694; in dottrina F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 158.

di azienda, optava per la certamente meno incisiva prelazione convenzionale, da poter inserire, là dove le parti lo ritengano opportuno, nel quadro concreto dell'operazione, come clausola del contratto. Sembrerebbe dunque venir meno anche la connessione strutturale tra affitto e futura vendita nell'impostazione del legislatore della riforma, per accedere a un collegamento occasionale in via convenzionale, il che evidenzia come la propensione alla conservazione dei posti di lavoro alle dipendenze dell'imprenditore fallito prima, dell'affittuario dopo, e dell'acquirente poi, cessa di rappresentare linea guida del disegno complessivo del legislatore

E' possibile a questo punto interrogarsi su quale sia il rapporto tra la nuova previsione e la già esaminata ipotesi di prelazione legale, viste le similitudini in termini di disciplina e la, almeno parziale, sovrapposizione che si determina tra le due ipotesi.

Si potrebbe infatti sostenere che la nuova disciplina abbia integralmente sostituito il sistema precedente: nel disciplinare per la prima volta l'affitto endofallimentare, il legislatore non ha fatto alcun riferimento alla previsione contenuta nell'art. 3 della l. n. 223/1991 (che pure si applica proprio in favore dell'affittuario di azienda oggetto di liquidazione fallimentare) ed ha anzi unicamente previsto un'ipotesi di prelazione convenzionale. E' possibile ritenere che il mancato riferimento alla disposizione di cui all'art. 3, co. 4, l. 223/91, nell'ambito della normativa relativa all'affitto dopo la dichiarazione di fallimento della legge fallimentare come riformata, sia indice di un intento abrogativo da parte del legislatore, che abbia optato per l'eliminazione del vincolo legale per i casi di affitto di azienda socialmente rilevante, preferendo anche per le fattispecie che potrebbero rientrare ancora nella previsione della legge del 1991 rimettere ad una valutazione discrezionale da parte degli organi della procedura e della controparte contrattuale il riconoscimento in via pattizia all'affittuario del diritto di prelazione?

Nonostante l'opinione possa presentare qualche pregio, non pare si possa aderire a una tale ricostruzione sistematica: come visto la disciplina di cui alla legge del 1991 e quella della riforma rispondono a istanze e presentano ambiti applicativi, dal punto di vista soggettivo, divergenti, così da poter optare per una loro "pacifica

coesistenza". D'altra parte, come visto, il riconoscimento di un diritto di prelazione legale all'affittuario, da parte della legge del 1991, rappresentava una sorta di anomalia di sistema, nella misura in cui preferiva l'interesse alla conservazione dei posti di lavoro, rispetto alla finalità tipica delle procedure concorsuali, e fallimentare in particolare, del maggior soddisfacimento dei creditori, trovando *ratio* nel *favor* legislativo verso l'affittuario che sgravasse l'impresa in crisi o insolvente e la collettività dagli oneri per i lavoratori subordinati, consentendo la prosecuzione dell'attività. Da ciò il carattere eccezionale dell'istituto che consente, anche nel vigore del nuovo testo dell'art. 104-*bis* l. fall, di ritenere tuttora vigente il disposto dell'art. 3 della l. 223/1991, d'altronde mai formalmente abrogato, e di non rinvenire la necessità di un richiamo a tale normativa nella disciplina generale dell'affitto endofallimentare. Tutto ciò almeno nella misura in cui si recepisca l'opinione prevalente in tema di ambito applicativo della disposizione che riconosce la prelazione legale all'affittuario, come limitata alle sole azienda "socialmente rilevanti", qualora invece si ritenesse che il diritto di prelazione *ex* art. 3, co. 4, l. 223/1991 debba essere concesso ad ogni affittuario, la coincidenza tra le due fattispecie costringerebbe a ritenere abrogata dalla nuova disposizione la norma anteriore¹⁴⁸. Si è infatti osservato che l'istituto di cui alla l. n. 223/1991 debba applicarsi solo alle imprese che presentino i requisiti necessari per usufruire dell'intervento straordinario di integrazione salariale, e che il vincolo che ne deriva – con limitazione della discrezionalità degli organi della procedura nella selezione del futuro acquirente, e ripercussioni negative proprio riguardo al profitto ricavabile dalla futura vendita, visto che è affermazione condivisa che il riconoscimento del diritto di prelazione scoraggi potenziali interessati all'acquisto alla presentazione di un'offerta, con potenziale pregiudizio per i creditori – trova fondamento in

¹⁴⁸ Peraltro la formulazione dell'art. 104-*bis* l. fall. sembrerebbe in contrasto con la tesi sostenuta dal D. DI GRAVIO, *Il diritto*, cit., 203; ID., *La situazione*, cit., 615 per il quale la disposizione di cui alla l. n. 223/1991 avrebbe riguardato il contratto d'affitto stipulato dall'imprenditore *in bonis* prima della dichiarazione di fallimento. Il legislatore del 2006, da un lato, ha infatti richiamato nella innovata normativa le procedure per l'esercizio del diritto di prelazione, anche se in questo caso riconosciuto in via convenzionale, previste dalla l. 223/91, dall'altro, ha riferito la previsione, questa volta indubitabilmente, al rapporto d'affitto disposto dagli organi della procedura in corso di fallimento.

considerazione di finalità di tutela dei lavoratori e di socializzazione del dissesto rinvenibile solo per il caso di aziende “socialmente rilevanti”.

Quando si è in presenza di impresa fallita, avente i requisiti per l'ammissione alla CIGS, ogni valutazione discrezionale da parte degli organi della procedura è esclusa in riferimento alla concessione del diritto di prelazione: l'area di sovrapposizione tra le due fattispecie si risolve con la prevalenza dell'ipotesi speciale e vincolante. Negli altri casi trova applicazione la nuova previsione: la procedura può farvi ricorso allorché il riconoscimento di un diritto di prelazione in favore dell'affittuario risponda all'interesse della massa dei creditori¹⁴⁹.

3.4 Interrogativi circa un'eventuale rilevanza di istanze di tutela del fallito in relazione all'affitto endofallimentare.

In tema di esercizio provvisorio dell'impresa del fallito, si è ipotizzata in dottrina¹⁵⁰ una possibile rilevanza dell'interesse del debitore all'integrità della propria impresa in corso di procedura, in vista di un suo possibile ritorno all'imprenditore a chiusura di fallimento, nel caso in cui il ricavato dalla liquidazione che non abbia interessato l'azienda risulti sufficiente al soddisfacimento integrale dei creditori, o comunque nell'ottica di una valorizzazione della massa attiva fallimentare che consenta al fallito di liberarsi nella maggior misura possibile delle obbligazioni costituenti il passivo fallimentare.

Già per l'esercizio provvisorio la tesi preferibile però è nel senso di una irrilevanza dell'interesse del fallito come eventuale finalità dell'istituto, da perseguire al limite anche a discapito dell'interesse dei creditori¹⁵¹. E ciò sulla scorta di diverse argomentazioni: da un lato, il potere decisionale in ordine all'esercizio provvisorio in capo agli organi della procedura con esclusione di qualunque

¹⁴⁹ Così anche F.P. TOFFOLO, *La prelazione dell'affittuario d'azienda nel fallimento*, in *Resp. civ. e prev.*, 10, 2008, 2033.

¹⁵⁰ F. FIMMANÒ, *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 771; M. SANDULLI, sub *art. 104*, cit., 606.

¹⁵¹ In questa direzione, P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 147.

coinvolgimento da parte dell'imprenditore, sia pur anche soltanto in quanto destinatario di obblighi di informazione, che in quest'ambito non sussistono; dall'altro, la constatazione che gli istituti che permettono al curatore di avvalersi del fallito come ausiliario, rispondono sempre all'interesse dei creditori, giustificandosi in un'ottica di riduzione dell'asimmetria informativa tra ceto creditorio e organi della procedura e debitore.

A maggior ragione sembra difficile ipotizzare spazi di rilevanza dell'interesse del fallito in relazione all'istituto dell'affitto endofallimentare. A parte la quasi scontata considerazione che l'affitto d'azienda possa, in una certa misura, risultare rispondente all'interesse del debitore ad ottenere la liberazione dalle proprie obbligazioni nella misura più ampia possibile, dato che l'istituto consente una valorizzazione dell'azienda e la non dispersione degli *asset* ancora positivi del complesso aziendale, permettendo di ottenere il maggior ricavato dalla liquidazione in blocco del bene, è sicuramente da escludere che la decisione dell'affitto possa essere orientata da istanze riconducibili alla tutela dell'imprenditore fallito.

E anche l'ipotesi, che nell'esercizio provvisorio appare non del tutto da escludere, di un ritorno dell'azienda o parti di essa a chiusura del fallimento alla vecchia proprietà, nel caso in cui non si sia proceduto alla sua cessione in blocco, ad esempio là dove l'imprenditore eserciti differenti attività di impresa e dunque disponga di diverse aziende, nel caso dell'affitto risulta davvero marginale.

Il collegamento tra affitto endofallimentare e vendita dell'azienda, che rappresenta funzione tipica dell'istituto, visto il disposto dell'art. 104-*bis*, co. 1, l. fall., impedisce di regola che, al termine del rapporto contrattuale e a chiusura del fallimento, si possa verificare una retrocessione dell'azienda al fallito, in quanto nella sua impostazione classica l'istituto è preordinato proprio a una gestione provvisoria dell'azienda in vista di un mutamento soggettivo nella titolarità. Al contrario, però, nel caso di affitto endofallimentare con funzione propriamente liquidatoria, fattispecie in cui gli organi della procedura programmino il soddisfacimento dei creditori tramite i canoni d'affitto e non con il ricavato dalla futura vendita aziendale, una prospettiva del genere potrebbe aprirsi; ma l'ipotesi, pur da ritenersi ammissibile, è sicuramente residuale.

Peraltro, sul punto sia concessa una breve digressione: in materia di esercizio provvisorio vi è stato chi¹⁵² ha sostenuto la possibilità di tentare da parte del curatore interventi innovativi, di riorganizzazione o ristrutturazione dell'impresa insolvente, per provarne il risanamento.

La riorganizzazione o riconversione del compendio aziendale dovrebbe invece, sembra, risultare tendenzialmente preclusa all'affittuario, ma non tanto per la necessità di una gestione dei beni della massa attiva fallimentare "conservativa" e mai "innovativa"¹⁵³, quanto in attuazione della disciplina generale in materia di affitto d'azienda, che trova applicazione, nonostante si sia in presenza di fenomeno inserito nell'ambito di una procedura giudiziale, che tenda alla liquidazione coattiva del patrimonio del debitore, come il fallimento, anche all'affitto endofallimentare, che mantiene la sua natura di rapporto contrattuale nonostante abbia ad oggetto un bene, l'azienda, appartenente alla massa attiva fallimentare. E' dunque il disposto dell'art. 2651, co. 2 c.c., in virtù del richiamo dell'art. 2562 c.c., a impedire che l'affittuario si imbarchi in operazioni di riconversione aziendale, dovendo gestire l'azienda *senza modificarne la destinazione* e in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte.

L'esclusione che gli organi della procedura debbano tener conto di istanze riconducibili all'imprenditore fallito nella decisione relativa all'affitto non comporta però la negazione della legittimazione del fallito, alla stregua di qualunque altro interessato a proporre impugnazione avverso gli atti di gestione e le omissioni del curatore, le autorizzazioni, i dinieghi e le omissioni del comitato, i provvedimenti del giudice delegato, compresi quelli, dunque inerenti alla disposizione dell'affitto endofallimentare. L'imprenditore potrebbe infatti riuscire a provare nel caso concreto di essere portatore di un interesse specifico a impugnare l'atto o il provvedimento in questione, in quanto risulti lesivo di una sua situazione giuridica soggettiva.

¹⁵² P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 55 ss.; E. STASI, *L'esercizio provvisorio*, in *Fallimento*, 2007, 854 e 857.

¹⁵³ In questo senso sembra argomentare F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 446 ss.

4 Considerazioni in ordine ai possibili rischi dell'operazione: la gestione imprenditoriale demandata al terzo affittuario.

L'affitto endofallimentare è concepito dunque come strumento di riallocazione del rischio d'impresa, che con l'emergere dello stato di insolvenza era iniquamente migrato sui creditori, in capo al terzo affittuario, che risponderà in via esclusiva delle obbligazioni assunte nel corso dell'attività. L'affitto dell'azienda del fallito consente infatti, da un lato, la continuazione dell'attività del debitore, dall'altro, esonera i creditori dal rischio di impresa, che graverà sul terzo affittuario.

Ciò non vuol dire che i creditori non siano esposti a rischio alcuno, ma si tratterà di rischi diversi e non attinenti alla normale alea dell'attività di impresa, gravante in via esclusiva sul conduttore. Dei rischi comunque sussistenti per i creditori il legislatore della riforma è ben conscio, con incidenza sul piano della disciplina dell'istituto delineata dall'art. 104-*bis* l. fall.

Con l'affitto endofallimentare si attua una vicenda circolatoria del bene azienda. In particolare, la procedura concede in godimento l'azienda all'affittuario, con stipulazione di un contratto d'affitto. La situazione che si viene a creare è di godimento statico per la procedura, che si limiterà a percepire i canoni d'affitto versati dall'affittuario, con incremento della massa attiva fallimentare, di gestione dinamica per l'affittuario, che esercita l'attività di impresa tramite l'azienda, e di conseguenza acquista, unico soggetto, la qualità di imprenditore. La curatela si spoglia cioè della gestione dell'azienda come bene appartenente al patrimonio del fallito, nei cui confronti interviene lo spossessamento come effetto tipico del fallimento. E, nel caso in cui sia stato disposto l'esercizio provvisorio, questo cessa immediatamente allorché venga disposto l'affitto, senza con ciò volersi inoltrare nella annosa questione della spettanza della qualifica di imprenditore al curatore o al fallito, secondo la teorica della sostituzione, nel caso di continuazione provvisoria dell'impresa a seguito della dichiarazione di fallimento.

Con l'affitto endofallimentare nessun dubbio si pone ormai su chi sia il soggetto imprenditore: è l'affittuario che acquista la relativa qualifica, è a questi che

spettano le scelte gestionali e manageriali relative all'attività di impresa esercitata tramite l'azienda, è l'affittuario che assume il relativo rischio di impresa, rispondendo delle obbligazioni contratte nell'esercizio dell'attività, che, a differenza di quanto avviene nell'esercizio provvisorio, non vengono imputate alla procedura, ma, nello stesso tempo, facendo propri gli eventuali profitti dell'attività.

La decisione di pervenire alla stipulazione del contratto d'affitto comporta però dei rischi non indifferenti, sia pur diversi dal *rischio di impresa*, per i creditori.

In primo luogo, va menzionato il pericolo che già nel vigore del testo originario della legge fallimentare si avvertiva, in alcuni casi addirittura facendone derivare conseguenze ostative della stessa ammissibilità dell'affitto dell'azienda del fallito a seguito della dichiarazione di fallimento: l'affitto endofallimentare potrebbe comportare dei ritardi nella liquidazione del patrimonio fallimentare. Si è già più volte evidenziato come l'argomentazione sia da ritenere ormai del tutto obsoleta, e frutto di un retaggio superato per cui la celerità della procedura doveva essere obiettivo primario e interesse ineludibile dei creditori.

A ben vedere, però, il rischio che la stipulazione del contratto d'affitto comporti delle difficoltà nel reperimento di potenziali offerenti per la futura vendita dell'azienda, risultando, in questo senso, pregiudizievole per la liquidazione, piuttosto che vantaggioso, continua, almeno in parte, a persistere. Si pensi, in particolare, al caso in cui sia stato pattuito un diritto di prelazione in favore dell'affittuario, che potrebbe scoraggiare la partecipazione alla procedura di vendita di potenziali offerenti, concorrenti dell'affittuario. O, ancora, alla possibilità di perdita di occasioni di vendita che si presentino in corso di rapporto d'affitto.

Altro rischio insito nell'operazione è quello dell'inadempimento dell'affittuario: il fallimento è parte di un rapporto contrattuale a prestazioni corrispettive, per cui è ovvio che gli organi della procedura si esponano al rischio dell'inadempimento della propria controparte. L'affittuario potrebbe cioè non corrispondere i canoni d'affitto come stabilito nel contratto, comportando una perdita rispetto alle previsioni economiche che avevano portato alla decisione dell'affitto endofallimentare.

O, ancora, l'affittuario potrebbe rivelarsi inadempiente rispetto all'obbligo di manutenzione ordinaria dell'azienda e dei beni componenti il compendio, con grave pregiudizio per l'apparato produttivo, esposto al rischio di deterioramento e usura di impianti e macchinari¹⁵⁴.

E rischio ulteriore potrebbe essere rappresentato, nella peggiore delle prospettive, da un inadempimento rispetto all'obbligazione di retrocessione dell'azienda al fallimento, o consegna all'acquirente, là dove l'affittuario in sede di vendita non riesca ad aggiudicarsi il complesso aziendale¹⁵⁵.

Ma i rischi maggiori sono connessi alla gestione dell'azienda in via esclusiva da parte dell'affittuario. E' possibile che lo stesso, per incapacità o scarse qualità imprenditoriali, non riesca a portare avanti con profitto l'attività d'impresa, con la conseguenza di una diminuzione del valore d'avviamento dell'azienda. Per cui l'intento di preservare gli *asset* ancora positivi del complesso aziendale tramite la continuazione dell'impresa da parte dell'affittuario potrebbe venire frustrato da una sua gestione inidonea o da scelte strategiche poco ponderate o rivelatesi in seguito errate. Gli errori manageriali dell'affittuario potrebbero cioè condurre a gravi conseguenze, quali la dispersione dei beni appartenenti al complesso aziendale, mediante utilizzo nocivo degli impianti, lo storno mascherato della clientela, e la perdita irreversibile del valore di avviamento¹⁵⁶.

Al limite, potrebbe anche ipotizzarsi un comportamento malizioso da parte dell'affittuario, che tenda volontariamente a deprimere il valore del compendio aziendale, in vista della futura vendita dell'azienda, perché interessato all'acquisto, e con lo scopo di dissuadere potenziali concorrenti nella procedura competitiva di vendita e poter ottenere l'azienda a un prezzo sensibilmente inferiore.

E' interessante notare come anche nell'ordinamento tedesco si siano affrontate problematiche analoghe con riferimento all'istituto dell'affitto dell'azienda del debitore insolvente nel corso della procedura di insolvenza (*Unternehmenspacht in Insolvenzverfahren*). Si deve però sottolineare che

¹⁵⁴ Si è osservato che per macchine, attrezzature e impianti si pone anche il problema del rispetto della normativa in materia di sicurezza del lavoro, così L. PANZANI, *Affitto d'azienda e procedure diverse dall'Amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 1998, 922.

¹⁵⁵ F. FIMMANÒ, *L'affitto*, 446.

¹⁵⁶ F. FIMMANÒ, *L'affitto*, 446.

l'ordinamento tedesco non conosce una norma espressa che regoli la fattispecie dell'*Unternehmenspacht*, o istituti analoghi caratterizzati dalla concessione dell'azienda del debitore insolvente a un terzo *Unternehmensträger*, nel corso di un'*Insolvenzverfahren* e a seguito della *Verfahrenseröffnung*. Sono diverse le ragioni sistematiche sottese all'assenza di una regola espressa in materia, relative alla peculiare concezione dell'azienda nel diritto commerciale tedesco e alla stessa natura e comprensione dell'*Unternehmenspacht*, che presenta momenti ancora problematici per l'interprete del *BGB*¹⁵⁷.

La dottrina che più si è occupata dell'*Unternehmenspacht*¹⁵⁸, come già in parte esaminato, si è spesa a sottolineare le peculiarità del contratto in parola ove stipulato nel corso della procedura di insolvenza, sia a livello di particolare composizione degli interessi delle parti sottesi al rapporto contrattuale, sia a livello di struttura e ipotesi applicative, nonché di normazione in assenza di pattuizioni esplicite delle parti. Si è visto che, a differenza del *Pacht* di azienda *in bonis*, dove la *ratio* dell'istituto va per la maggior parte dei casi individuata in esigenze di preparazione della successione dell'azienda, o ancora in istanze di trasferimento dell'onere della gestione dell'impresa al terzo affittuario, con conseguenze in termini di durata del contratto pattuita, orientata al medio-lungo termine, nel caso di *Unternehmenspacht* stipulato nel corso dell'*Insolvenzverfahren* il periodo d'affitto pattuito di regola risulterà contenuto nel breve termine, in modo da risultare compatibile con eventuali esigenze di liquidazione del complesso aziendale e con l'interesse dei creditori. Si è sottolineato poi come funzione dell'istituto nell'*Insolvenzverfahren* possa essere quella di assicurare un'opportunità di conoscenza dell'azienda da parte del *Pächter*, in vista di un futuro trasferimento.

¹⁵⁷ Non si può però non segnalare come l'ammissibilità della stipulazione del contratto di affitto d'azienda - per coloro che ammettano, come accade già da tempi non troppo recenti, la configurabilità dell'istituto dell'*Unternehmenspacht*- a seguito dell'apertura della procedura di insolvenza da parte dell'*Insolvenzverwalter* in realtà non sembra essere mai stata seriamente in discussione nel diritto tedesco.

La giurisprudenza e la prassi fallimentare hanno invero conosciuto casi di *Unternehmenspacht* stipulati nel corso di un'*Insolvenzverfahren* o nel corso di una procedura di *Sanierung*. Si vedano: BGH, 5.10.1982, in *Betriebs Berater*, 1983, 1948; BAG, 15.11.1978, in *NJW*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1979, 2634-2635; BGH, 29.3.1982, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, 1647 con nota di K. SCHMIDT; OLG Hamburg, 29.10.1999, in *Der Betrieb*, 2000, 314.

¹⁵⁸ F. KLEIN BLENKERS, *Das Recht der Unternehmenspacht*, Baden Baden, 2008, 136 ss.

Così come, dal lato del *Verpächter* – impersonato dalla procedura nel caso di specie - viene in rilievo l'istanza di non disperdere elementi del complesso aziendale, quale avviamento e clientela, che, in quanto legati all'azienda come unità organica e alla continuazione dell'attività di impresa cui l'azienda è funzionalizzata, non potrebbero che venir meno nel caso in cui tale attività venisse interrotta, con grave pregiudizio per i creditori stessi, che vedrebbero sottratte possibilità di recupero e realizzazione di attività finalizzate al loro soddisfacimento.

Ma alla disamina dei vantaggi citati si è accompagnata l'analisi dei rischi eventuali dell'operazione: in primo luogo la possibilità che il *Pächter* non riesca a portare avanti in maniera proficua l'attività di impresa, per mancanza di capacità manageriali e imprenditoriali, o addirittura, con comportamento contrario a buona fede, che lo stesso tenda volontariamente a deprimere il valore del complesso aziendale per poter acquistare in seguito l'azienda a un prezzo contenuto. Di contro, dal lato del *Pächter* potrebbe venire in rilievo il rischio di non essere indennizzato per gli investimenti effettuati nell'azienda che ne abbiano incrementato il valore, rispetto all'inizio del rapporto, alla scadenza del contratto.

Nell'ordinamento del Regno Unito, poi, è interessante ai fini della presente analisi disposizione di cui al paragrafo 17 della *Schedule 1, Insolvency Act 1986*, in tema di procedura di *administration*, come vista volta alla salvaguardia dell'impresa collettiva in crisi, pur potendo avere esiti liquidatori, nel caso in cui non si riesca a pervenire a un risanamento del *business*, dove si menziona il potere dell'*administrator* "to grant or accept a surrender of a lease or tenancy of any of the property of the company, and to take a lease or tenancy of any property required or convenient for the business of the company". Viene dunque riconosciuta la possibilità di ricorrere allo strumento dell'affitto (*lease* o *tenancy*) nell'ambito della gestione dell'impresa da parte dell'*administrator*, e ciò per la valorizzazione del patrimonio sociale in vista del risanamento dell'impresa, ma in caso di esito negativo del tentativo di riconversione e recupero della società, anche al fine di massimizzare l'eventuale ricavato dalla liquidazione. L'esame dei pericoli dell'operazione è però rimessa all'*administrator* e alla sua discrezionalità nella gestione del patrimonio della società.

I possibili rischi connessi all'istituto dell'affitto dell'azienda nel corso di una procedura concorsuale sono, dunque, come visto, condivisi sia dalla dottrina tedesca che da quella italiana. Occorre ora soffermarsi sulle linee di disciplina con cui il legislatore della nostra legge fallimentare ha inteso rispondere ai pericoli fattuali e giuridici che l'affitto endofallimentare può comportare, agevolando l'operazione e rendendo più sicuro il ricorso all'istituto da parte degli organi della procedura.

4.1 I correttivi legislativi a tali rischi; incidenza dell'appartenenza dell'azienda alla massa attiva fallimentare come possibile limite nelle scelte gestionali dell'affittuario.

La coscienza dei pericoli sottesi all'affitto endofallimentare ha portato il legislatore italiano a individuare una serie di correttivi in via legislativa, che si sono tradotti, da un lato, nella previsione di una serie di misure di sicurezza in relazione al momento della scelta della controparte contrattuale. Ciò al fine di garantire che il soggetto cui si conceda in godimento l'azienda risulti dotato di affidabilità in ordine all'osservanza delle obbligazioni assunte con il contratto, alle disponibilità patrimoniali e finanziarie e alle attitudini gestionali, con riferimento alla medesima attività di impresa esercitata prima della dichiarazione di fallimento dal debitore. Dall'altro, i correttivi sono consistiti nell'individuazione di un contenuto minimo obbligatorio del contratto stipulato dagli organi della procedura con l'affittuario, ovvero in clausole legali che debbano inderogabilmente essere inserite nel contratto.

Sul piano della gestione dell'impresa da parte dell'affittuario incidono in particolare i secondi correttivi citati, in quanto una volta selezionato il contraente- in base alla procedura competitiva cui si è fatto cenno in precedenza, nel rispetto dei criteri di selezione indicati dal legislatore, che guardano non soltanto alla convenienza economica dell'operazione, e dunque all'entità del canone offerto, ma proprio all'attendibilità del piano imprenditoriale presentato dall'offerente- le scelte in ordine all'esercizio dell'attività economica spetteranno in via esclusiva

all'affittuario, che potrà discrezionalmente procedere a determinare strategie e direzioni imprenditoriali.

Ciononostante l'appartenenza dell'azienda alla massa attiva fallimentare e il titolo della cessione, di concessione in godimento e non di trasferimento, non può che avere un'incidenza sulla libertà di determinazione delle opzioni manageriali dell'affittuario. Da un lato, si impone all'affittuario già in via generale, in ragione del tipo contrattuale, un obbligo di non mutare la destinazione economica dell'attività, nonché un obbligo di mantenere l'efficienza dell'organizzazione e le normali dotazioni di scorte, in base al combinato disposto degli artt. 2561 e 2562 c.c. che costituisce sicuramente un limite rispetto alla libertà di determinare l'attività di impresa da esercitare tramite l'azienda e di dirigerne l'esercizio.

Dall'altro, l'art. 104-*bis* l.fall. individua dei limiti espliciti alle scelte gestionali dell'affittuario, per evitare la dispersione degli *asset* positivi aziendali in conseguenza di una gestione non oculata dell'imprenditore o la perdita di occasioni di vendita, o comunque per comprimere i rischi già evidenziati dell'operazione, tramite un contenuto minimo obbligatorio del contratto. Ciò in quanto non può dimenticarsi che l'oggetto del contratto d'affitto è un bene, la *res* azienda, che appartiene alla massa attiva fallimentare, e che, di più, nella maggior parte dei casi, costituisce l'entità più rilevante del patrimonio del fallito. L'appartenenza dell'azienda alla massa da liquidare costituisce *ratio* della normativa, che proprio alla valorizzazione del compendio per il soddisfacimento dei creditori, che alla massimizzazione del profitto dalla liquidazione sono interessati, oltre che alla conservazione dei componenti ancora positivi del complesso aziendale come valore in sé da perseguire, nei limiti in cui ciò sia compatibile con le istanze di tutela del ceto creditorio e con le finalità della procedura, tende; ma è proprio tale *ratio* a imporre una compressione, sia pur minima, degli spazi di discrezionalità dell'affittuario nella determinazione delle strategie imprenditoriali.

I correttivi ai rischi dell'operazione sono individuati dall'art. 104-*bis* l. fall., in riferimento al momento dinamico dell'esecuzione del rapporto contrattuale, con la concessione in godimento dell'azienda all'affittuario, nel contenuto minimo del contratto: diritto di recesso per la curatela, prestazioni di idonee garanzie da parte

dell'affittuario per l'adempimento delle obbligazioni contrattuali, e diritto di ispezione dell'azienda da parte del curatore.

Il diritto di recesso consente al curatore di tornare sulla scelta dell'affitto rispetto al momento della stipulazione del contratto, ovvero in corso di rapporto. Il diritto di recesso potrà essere esercitato senza particolari procedimenti autorizzatori, essendo sufficiente "sentire" il comitato dei creditori. Sembra che il legislatore voglia alludere a un parere obbligatorio ma non vincolante del comitato. E' prevista però la necessità, almeno in assenza di un'esplicita previsione contrattuale, del pagamento di un "giusto indennizzo", che diverrà debito prededucibile. Sulla determinazione dell'indennizzo, sul rilievo del pagamento rispetto all'efficacia del recesso e sulla sua possibile esclusione in via convenzionale si tornerà in seguito.

Qui basti sottolineare come il recesso rappresenti un correttivo, della massima portata a ben vedere, visto che consente al fallimento di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale, là dove ritenga l'operazione non più conveniente, rispetto ai rischi dell'operazione. E si pone sul punto il problema di enorme rilievo circa il carattere condizionato o meno del recesso. Sulla questione si tornerà approfonditamente in seguito, qui sia sufficiente segnalare come dal tenore legislativo il diritto del recesso al curatore sembra attribuito in maniera svincolata rispetto a qualunque condizione, per cui si è ipotizzato che il curatore possa esercitarlo sia in occasione di eventi inerenti al rapporto, patologici (con un possibile concorso con la risoluzione nel caso in cui rappresenti reazione a un inadempimento di controparte) o fisiologici (si pensi all'andamento negativo dell'attività di impresa che comporti in prospettiva una perdita di valore del compendio affittato), sia in occasione di eventi connessi alla liquidazione (è il caso di proposte di vendita in corso di rapporto, o, per un altro possibile esempio, di domande di concordato condizionate alla concessione dell'azienda al proponente o assuntore), sia, da ultimo, in occasione di eventi esterni o positivi dell'affittuario (come congiunture economiche favorevoli che rendano più conveniente l'esercizio provvisorio rispetto all'affitto). Ma proprio su questo punto è forse possibile un'interpretazione del dato legislativo differente, visto l'inquadramento del recesso tra i rimedi ai possibili rischi dell'operazioni e l'istanza di tutela dell'affittuario, che potrebbe non venire

soddisfatta dalla sola previsione dell'indennizzo a carico della procedura, ma la tematica verrà affrontata in seguito più diffusamente.

E' stato poi ritenuto che la previsione legislativa del diritto di recesso in favore della procedura non risponda *in toto* alle istanze di garanzia sottese all'istituto in esame, potendo peraltro alimentare forte conflittualità in relazione agli elementi del "giusto indennizzo" e della durata del rapporto "compatibile con le esigenze della liquidazione"¹⁵⁹; si è proposta in alternativa *de iure condendo* l'introduzione di clausole di scioglimento in caso di vendita o di recesso a favore del fallimento¹⁶⁰; ma, a parte il rilievo della loro prevedibilità in via pattizia, non può negarsi che l'ampiezza del rimedio del recesso (sia pur a fronte dell'obbligo di indennizzo, che in qualche modo vincola la procedura) sia maggiormente efficace come correttivo rispetto a ipotesi di scioglimento condizionate alla sola ipotesi della vendita dell'azienda, eventualmente esercitabili anche dall'acquirente.

A fianco al diritto di recesso per il curatore, l'art. 104-*bis* menziona come rimedio per i possibili rischi dell'operazione, a integrare clausola contrattuale inderogabile, la previsione di "idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dalla legge e dal contratto". Risulta di immediata percezione il collegamento con i criteri legislativi di selezione del contraente da parte della procedura, tra i quali, sempre in una prospettiva di compressione di pericoli e deviazioni dell'operazione, vengono menzionate le garanzie prestate dall'affittuario.

Il rischio che la previsione intende ridurre o, al limite, eliminare è quello del possibile inadempimento dell'affittuario delle obbligazioni derivanti dal contratto d'affitto o che trovino fonte nella legge, in relazione al rapporto contrattuale instauratosi tra le parti, in assenza di una pattuizione esplicita. In considerazione viene, in primo luogo, l'obbligazione di corrispondere il canone d'affitto, come corrispettivo tipico della concessione in godimento dell'azienda. In secondo luogo, l'obbligo di manutenzione ordinaria dell'azienda e dei beni componenti il compendio, il cui inadempimento potrebbe risultare gravemente pregiudizievole per l'apparato produttivo, esposto al rischio di deterioramento e usura di impianti e

¹⁵⁹ Così, F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 448.

¹⁶⁰ Sul punto F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 448.

macchinari¹⁶¹. Inoltre, le garanzie potrebbero anche essere connesse al rischio rappresentato da un inadempimento dell'obbligazione di retrocessione dell'azienda al fallimento, o consegna all'acquirente, là dove l'affittuario in sede di vendita non riesca ad aggiudicarsi il complesso aziendale¹⁶². Sulle tipologie di garanzie si tornerà in seguito, ma conta sottolineare che la prestazione di alcune garanzie da parte dell'affittuario dovrebbe risultare obbligatoria in base al disposto legislativo, anche se forti dubbi sorgono in relazione alle conseguenze rispetto a una mancata previsione delle stesse, vista l'impossibilità logica del ricorso al meccanismo di integrazione automatica legale del regolamento contrattuale con le clausole inderogabili previste dalla legge nel caso di specie, stanti l'ampiezza della formulazione legislativa e la discrezionalità nell'individuare il contenuto delle garanzie, non meglio specificato.

Poco discutibile invece è che le obbligazioni da garantire siano quelle assunte dall'affittuario nei confronti della procedura, derivanti dal rapporto d'affitto, e non le eventuali obbligazioni assunte nei confronti di terzi nell'esercizio dell'attività imprenditoriale da parte del concessionario, visto che la previsione è pensata come rimedio per i rischi dell'operazione che il fallimento potrebbe correre.

Alcuni cenni iniziali vanno poi riservati al diritto di ispezione dell'azienda riconosciuto al curatore dall'art. 104-*bis* l. fall.

Si è sostenuto¹⁶³ il carattere superfluo della previsione, in quanto il diritto di ispezione per il concedente spetterebbe comunque in applicazione della disciplina generale del contratto d'affitto, con riferimento al disposto di cui all'art. 1619 c.c., non potendosi enucleare differenze contenutistiche tra il diritto riconosciuto dalla disposizione della legge fallimentare e quello generale attribuito dalla disciplina tipica del rapporto. A parere di chi scrive, però, potrebbero trovarsi degli spazi di rilevanza della disposizione, che andrebbe interpretata nel senso che garantisca una qualche autonomia, e non nella direzione di una sua sovrapposizione *in toto* con la

¹⁶¹ Ancora una volta va ribadito che per macchinari, attrezzature e impianti dovrebbe venire in rilievo anche la prospettiva applicativa della disciplina in materia di sicurezza del lavoro, così L. PANZANI, *Affitto d'azienda*, cit., 922.

¹⁶² F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 446.

¹⁶³ Così A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma della legge fallimentare*, Ipsoa, Milano, 2008, 78.

norma codicistica, a privarla di utilità applicativa. E tale spazio di autonoma rilevanza potrebbe rinvenirsi proprio nel collegamento con il diritto di recesso attribuito dal curatore, a delimitazione del suo ambito di esercizio. Il diritto di ispezione potrebbe essere cioè prodromico all'esercizio del diritto di recesso da parte della curatela, che andrebbe motivato dunque, là dove non trovi ragione nell'evoluzione della liquidazione, che rappresenta alveo naturale dell'istituto, e quindi alla presentazione di un'offerta di vendita difficilmente rinunciabile o comunque di una proposta per la rapida conclusione della procedura connessa alla cessione dell'azienda, si pensi a una domanda di concordato fallimentare, proprio in base alle risultanze dell'ispezione e all'eventuale accertamento di eventi patologici, che possano anche non integrare inadempimenti da parte dell'affittuario, ma che evidenzino una gestione imprenditoriale negativa che comporti un depauperamento del valore del compendio affittato, riscontrato proprio in sede di ispezione. Il diritto di ispezione diventerebbe in questa chiave funzionale al diritto di recesso, e come tale si spiegherebbe il suo inquadramento tra i rimedi ai possibili rischi della vicenda circolatoria.

Andrebbe poi esaminata la possibilità che la procedura, riscontrate delle problematiche in sede di ispezione nella gestione imprenditoriale dell'affittuario, impartisca delle direttive in ordine all'esercizio dell'attività, o incida eventualmente con raccomandazioni sulle scelte strategiche dell'affittuario in corso di rapporto, ma tale impostazione potrebbe suscitare alcune perplessità, soprattutto in relazione alla configurazione tipica del contratto d'affitto, che instaura una situazione statica di godimento dell'azienda per la procedura, mentre l'esercizio dell'attività imprenditoriale andrebbe riservata in via esclusiva all'affittuario.

5 I rapporti tra affitto d'azienda ed esercizio provvisorio, continuazione dell'impresa e responsabilità.

L'analisi di rischi e vantaggi dell'operazione per la procedura conduce inevitabilmente al tema dei rapporti tra affitto endofallimentare e esercizio provvisorio dell'impresa, istituto che presenta problematiche comuni e che il

legislatore considera come alternativa nel quadro delle tecniche di amministrazione dell'azienda che presuppongano la continuazione dell'impresa del fallito rispetto all'affitto endofallimentare, basti notare la collocazione sistematica della disposizione sull'affitto, immediatamente seguente all'art. 104 l. fall. in materia di esercizio provvisorio, e alla loro congiunta menzione come misure prevedibile nel piano di liquidazione ex art. 104-ter l. fall.

I punti di contatto tra i due istituti avevano portato alcuni interpreti addirittura in passato, già prima dell'entrata in vigore della legge fallimentare¹⁶⁴, e, successivamente, in base al testo originario della legge del '42, che non prevedeva esplicitamente l'affitto endofallimentare, ma disciplinava l'esercizio provvisorio all'art. 90, lasciando aperte peraltro numerose problematiche, a qualificare l'affitto dell'azienda del fallito a seguito della dichiarazione di fallimento come una forma di esercizio provvisorio dell'impresa¹⁶⁵. E' nota, ad esempio, nonostante il successivo dibattito abbia percorso sentieri differenti e l'entrata in vigore della norma di cui all'art. 104-*bis* l.fall. abbia contribuito al parziale oblio dell'opinione, l'originaria posizione del Pajardi¹⁶⁶ sull'affitto d'azienda nel fallimento, nell'immediato dopoguerra, quando animato era il dibattito circa l'ammissibilità dell'istituto e le soluzioni favorevoli erano considerate pionieristiche. Il Pajardi, ricostruendo la prassi del Tribunale di Milano, riteneva che la realizzazione dell'esercizio provvisorio potesse avvenire anche tramite l'affitto d'azienda, "istituto che, contrariamente a quanto può sembrare, presupponendo uno svolgimento dinamico della stessa impresa commerciale fallita nel suo aspetto organizzativo e funzionale sia pure con un diverso soggetto responsabile organizzatore, presuppone appunto quell'esercizio provvisorio senza il quale tutto il complesso aziendale sarebbe bloccato e destinato unicamente alla liquidazione in senso statico, senza attraversare una fase produttiva".

¹⁶⁴ Si veda Cass., 7 aprile 1930, n. 1158, in *Dir. Fall.*, 1931, 289.

¹⁶⁵ R. PROVINCIALI, *La continuazione dell'impresa del fallito*, in *Dir. fall.*, 1972, I, 405 ss.; R. BETTINI, *Sull'esercizio provvisorio inteso come strumento di economicità dell'azienda dichiarata fallita*, in *Riv. dott. comm.*, 1967, 457.

¹⁶⁶ Il riferimento è a P. PAJARDI, *Casi clinici di diritto fallimentare, Raccolta sistematica di studi di teoria e pratica fallimentare*, vol. I, 69- 133; vol. II, 280; vol. III, 357, Milano, 1962.

L'opinione però, che pur ha una importante valenza storica, va sicuramente ritenuta superata e retaggio di una non corretta impostazione dei rapporti tra i due istituti.

Nell'impostazione della legge fallimentare affitto d'azienda ed esercizio provvisorio dell'impresa si presentano come radicalmente distinti, pur convergendo nella funzionalizzazione alla non dispersione del valore del complesso aziendale, a causa di una repentina interruzione dell'attività di impresa all'apertura della procedura fallimentare.

Nel momento in cui si disponga l'affitto dell'azienda del fallito, cessa l'esercizio provvisorio eventualmente prima autorizzato con oneri a carico della massa fallimentare.

Con l'esercizio provvisorio da parte del curatore, la responsabilità per le obbligazioni contratte nel corso dell'attività imprenditoriale graverà sulla massa, andando a generare le stesse debiti prededucibili, mentre con l'affitto d'azienda si realizza un trasferimento del rischio di impresa in capo all'affittuario, per cui, anche a seguito della retrocessione dell'azienda, la procedura non risponderà delle obbligazioni contratte dall'affittuario in costanza di rapporto contrattuale.

Ancora, l'affitto determina una forma di godimento dell'azienda da parte della procedura, mentre l'attività imprenditoriale verrà esercitata dall'affittuario¹⁶⁷. Nell'analisi dei rapporti tra le due fattispecie, la dottrina italiana si è sforzata poi di sottolinearne sì il carattere antitetico, ma la non necessaria alternatività¹⁶⁸: sia dal punto di vista della possibilità di una dissociazione tra rami d'azienda, alcuni dei quali concessi in affitto, altri oggetto di esercizio provvisorio, sia per la possibile strumentalità dell'esercizio provvisorio inizialmente disposto a un futuro affitto dell'azienda, consentendo la prosecuzione dell'impresa in attesa dell'individuazione

¹⁶⁷ Non risulta condivisibile la tesi per cui in caso di affitto la qualifica di imprenditore commerciale spetti anche al locatore (così, L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Milano, 1942, 393 ss.). Nel senso del testo T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit., 355; M. CASANOVA, *Le imprese*, cit., 151; G. AULETTA, *Dell'Azienda*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Bologna-Roma, 1956, 78; A. PAVONE LA ROSA, *Affitto d'azienda e responsabilità per le obbligazioni contratte dall'affittuario nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, II 351 ss.; A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 301; F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 442.

¹⁶⁸ Così nel vigore del testo della legge fallimentare riformata: G. FERRI JR., *Forme*, cit., 187 ss.; F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 442; F. PASQUARIELLO, *Gestione*, cit., 10; P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 73.

di potenziali affittuari. Ancora, in letteratura¹⁶⁹ si è ritenuto di poter individuare casi, in cui unico istituto fruibile per assicurare la continuazione dell'attività di impresa del fallito sarebbe l'affitto, con preclusione di un eventuale esercizio provvisorio, come nel caso di azienda sopravvenuta al fallito nel corso della procedura o appartenente a un imprenditore cessato, o sarebbe altrimenti l'esercizio provvisorio, con preclusione dell'affitto, e si pensi al caso di fallimento dell'affittuario di azienda con divieto di subaffitto.

Per chiarire il rapporto tra esercizio provvisorio e affitto endofallimentare può essere utile un cenno sul punto all'ordinamento tedesco. Nel declinare il sistema dei rapporti tra continuazione provvisoria dell'impresa del debitore insolvente e affitto d'azienda nell'ordinamento tedesco, va però considerato come l'esercizio provvisorio dell'impresa previsto dalla nostra legge fallimentare presenti degli elementi di eterogeneità rispetto alla *vorläufige Fortführung* dell'ordinamento tedesco, su cui interviene l'assemblea dei creditori ai sensi del § 157 *InsO*¹⁷⁰.

La norma in questione prevede che sia l'assemblea dei creditori (*Gläubigerversammlung*), nell'adunanza fissata per la relazione del curatore (*Berichtstermin*), a stabilire se l'impresa del debitore debba proseguire provvisoriamente o cessare. L'assemblea potrebbe anche incaricare il curatore di predisporre un piano di regolazione dell'insolvenza (*Insolvenzplan*), e indicargli le finalità del piano. Le decisioni circa l'esercizio provvisorio dell'impresa del debitore

¹⁶⁹ Si veda prima della riforma G.C.M. RIVOLTA, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, 252; *post* riforma F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 443; in senso critico per le ipotesi di preclusione dell'esercizio provvisorio, in quanto fondate su un preteso ostacolo normativo, che in verità non sembra sussistente, alla disposizione dell'esercizio provvisorio di un'impresa non esercitata dal fallito al momento dell'apertura del fallimento, P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 73.

¹⁷⁰ Per un quadro generale delle problematiche sulla *vorläufige Fortführung* si vedano: U. EHRICKE, *Beschlüsse einer Gläubigerversammlung bei mangelnder Teilnahme der Gläubiger*, NZI *Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung*, 2000, 57; K. GRAVENBRUCHER, *Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung der InsO, des BGB und anderer Gesetze*, ZIP *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*, 2003, 1220; U. GRUNDLACH, V. FRENZEL, A. JAHN, *Die Haftungsfreistellung des Insolvenzverwalter durch Beschlussfassung des Gläubigerausschusses*, ZInsO- *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, 2007, 363; A. HAGEBUSCH e T. OBERLE, *Gläubigerbefriedigung*, cit., 618; G. MEYER e A. SCHULTHEIS, *Die Haftung des Insolvenzverwalter gemäß §§ 60, 61, InsO bei Fortführung von Unternehmen*, DZWIR *Die Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, 2004, 319; O. SPIEKER, *Unternehmensveräußerung zwischen Insolvenzeröffnung und Berichtstermin*, NZI *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, 2002, 472, che però esamina la situazione normativa precedente alla riforma del 2007 del § 158 *InsO*; F. KLEIN BLENKERS, *Das Recht*, cit., 136.

insolvente sono sempre modificabili in successive adunanze dei creditori. Occorre, poi, evidenziare che ai sensi del § 21 Abs. 2 n. 1, l'*Insolvenzgericht* prima della decisione sull'istanza per l'apertura della procedura, e dunque ancora prima della *Verfahrenseröffnung*, dovrà adottare le misure che gli appaiono necessarie a prevenire modificazioni nella situazione patrimoniale del debitore pregiudizievoli ai creditori, e potrà in particolare nominare un curatore provvisorio (*vorläufiger Insolvenzverwalter*) ed eventualmente imporre al debitore un divieto di disposizione sul proprio patrimonio in assenza del consenso del curatore medesimo. In quest'ultimo caso, il potere di amministrazione e disposizione è trasferito ai sensi del § 22 *InsO* al curatore provvisorio, il quale dovrà continuare l'esercizio dell'impresa sino alla decisione sull'apertura del procedimento, salvo che il giudice disponga la sospensione dell'attività per evitare una rilevante diminuzione patrimoniale.

Ma, al di là di questo caso particolare, giustificato dall'urgenza della misura, necessaria per evitare la compromissione della garanzia patrimoniale per i creditori, e dall'antiorità rispetto all'apertura della procedura di insolvenza, la decisione sulla prosecuzione provvisoria dell'impresa del debitore insolvente, che comunque non si interrompe con l'apertura della procedura, spetta come visto - ai sensi del § 157 *InsO* - alla *Gläubigerversammlung*.

Di immediata evidenza le differenze, in termini di competenza rispetto alle decisioni circa la sorte dell'impresa del fallito dopo l'apertura del procedimento, rispetto all'ordinamento italiano. Com'è noto, nel nostro ordinamento, l'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito può essere disposto con la sentenza dichiarativa del fallimento da parte del tribunale, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori. Si tratta del c.d. esercizio provvisorio d'urgenza. O ancora, nel corso del fallimento, anche prima della presentazione del piano di liquidazione, potrà essere autorizzato dal giudice delegato, su proposta del curatore, sentito il parere del comitato dei creditori.

L'interesse dei creditori è dunque sì tutelato, ma non accordando agli stessi poteri decisionali in ordine all'impresa del fallito: l'esercizio provvisorio viene

deciso dall'autorità giudiziaria¹⁷¹ e non dalla stessa compagine dei creditori concorsuali. Unico ruolo diretto svolto dai creditori è rappresentato dalla necessità del parere favorevole del comitato dei creditori¹⁷² (organo esistente anche nell'ordinamento tedesco- *Gläubigerausschuss*- quale organo di controllo, con prerogative diverse rispetto alla *Gläubigerversammlung*) ai fini dell'autorizzazione successiva, su proposta del curatore, da parte del giudice delegato, con decreto motivato, alla continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, con fissazione della durata.

Ma tali differenze di impostazione rappresentano logico corollario del diverso ruolo attribuito, dalla legge fallimentare rispetto all'*InsO*, all'autorità giudiziaria e al ceto creditorio. Come visto già a partire dalle finalità dell'*Insolvenzverfahren*, spicca la propensione verso i creditori concorsuali che caratterizza l'*InsO*, con un minor ruolo attribuito all'autorità giudiziaria, che interviene solo nel momento patologico o come organo di controllo del corretto evolversi della procedura. La norma sull'esercizio provvisorio dell'impresa nell'ordinamento tedesco in esame è espressione precipua della rilevante *Gläubigerautonomie*, riconosciuta dell'*InsO*¹⁷³.

La norma di cui al § 157 *InsO* va però letta alla luce della disposizione seguente, il § 158 *InsO*, così come modificato dal 1° luglio 2007¹⁷⁴.

La norma in questione stabilisce che: a) laddove l'*Insolvenzverwalter* intenda, *prima dell'adunanza dell'assemblea dei creditori*, cessare l'esercizio dell'impresa o *disporre dell'azienda*, deve richiedere il consenso del *Gläubigerausschuss*, il comitato dei creditori, laddove costituito; b) prima della decisione del comitato dei creditori o, se non costituito, prima della cessazione dell'impresa o alienazione dell'azienda, il curatore deve informare il debitore; c) nel

¹⁷¹ Ma sulla problematica relativa alla natura e alla portata della decisione di disporre l'esercizio provvisorio c.d. di seconda fase come atto del curatore e dell'autorizzazione del giudice delegato si veda P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 122 ss. e più in generale G. FERRI JR., *Le forme*, cit., 186 ss.

¹⁷² Sui poteri del comitato *ex art.* 104, commi 2 e 3, e art. 104-ter, co. 1, l. fall., relativi alla proposta del curatore di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito si vedano: G. FERRI JR., *Le forme*, cit., 187 ss. e P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 116 ss.

¹⁷³ Sul punto si veda: D. ONUSSEIT, in B.M. KÜBLER, H. PRÜTTING, R. BORK, *InsO - Kommentar zur Insolvenzordnung*, vol. III, Köln, 2014, § 157, Rdn. 2, 2.

¹⁷⁴ Si veda art. 103c *EGInsO*.

caso in cui la decisione sulla cessazione dell'impresa o sull'alienazione dell'azienda possa essere differita sino alla data dell'assemblea dei creditori, il giudice può, su richiesta del debitore e sentito il curatore, vietare la cessazione o l'alienazione.

Dall'impostazione offerta dalla norma in questione si deduce che:

a) l'apertura della procedura non interrompe l'esercizio dell'impresa del debitore insolvente, potendo invece il curatore decidere per la cessazione, ma solo col consenso del comitato dei creditori. È dunque una situazione ordinaria quella della prosecuzione provvisoria dell'impresa, mentre la cessazione della stessa assurge a circostanza eccezionale, per la quale è richiesto l'assenso del comitato dei creditori;

b) il § 158 *InsO* consente l'esercizio provvisorio di un'impresa appartenente alla massa attiva da parte del curatore fallimentare (*Insolvenzverwalter*), sia *prima* dell'autorizzazione dell'assemblea dei creditori (*Gläubigerversammlung*) che *dopo*, almeno per un tempo determinato¹⁷⁵.

Dunque, nel corso della prosecuzione provvisoria dell'impresa e prima della decisione dell'assemblea dei creditori *ex* § 157 *InsO*, l'*Insolvenzverwalter* può, a seguito delle modifiche apportate al § 158 *InsO*, alienare l'azienda. La disposizione in esame sembrerebbe confermare anche la possibilità di concedere in affitto l'azienda del debitore insolvente da parte del curatore. La dottrina tedesca richiama infatti le modifiche apportate al § 158 *InsO*, come argomento a favore dell'ammissibilità della *Verpachtung des Unternehmens*, attuata prima della decisione dell'assemblea dei creditori sulla prosecuzione o cessazione dell'impresa¹⁷⁶.

Più problematica è la questione dell'ammissibilità dell'affitto dopo la decisione *ex* § 157 *InsO*. Si ritiene che l'affitto possa essere disposto nel caso di decisione in ordine alla prosecuzione dell'impresa. Se il curatore può continuare l'impresa del debitore insolvente, potrà, sembra, anche decidere di affittare l'azienda (nonostante in questo caso si spoglierà della qualità di imprenditore, che come visto verrà assunta dal *Pächter*). Bisogna comunque sottolineare l'eterogeneità

¹⁷⁵ Sul punto H.P. ESSER, § 157, in *Insolvenzordnung*, a cura di E. BRAUN, 6 ed., München, 2014, Rdn. 1 ss.

¹⁷⁶ F. KLEIN BLENKERS, *Das Recht*, cit., 136.

dell'istituto della *vorläufige Fortführung* rispetto all'esercizio provvisorio *ex art.* 104 l. fall.: l'assemblea dei creditori nell'ordinamento tedesco decide solo la prosecuzione dell'impresa del debitore; l'*Insolvenzverwalter* potrà decidere, con le autorizzazione di legge, di procedere all'alienazione dell'azienda, e, sembrerebbe, anche all'affitto. Dunque in questo caso la decisione sulla *vorläufige Fortführung* sembrerebbe poter costituire presupposto, almeno a livello temporale e funzionale, per l'affitto. Potrebbe a tal fine essere necessario il consenso del comitato dei creditori nel contesto della *vorläufige Fortführung*, ai sensi del § 160 *InsO*, norma che disciplina le modalità per il compimento di particolari atti da parte dell'*Insolvenzverwalter*, tra cui anche la vendita dell'azienda, o della stessa assemblea dei creditori. Dubbi invece permangono sulla possibilità di affittare l'azienda del debitore insolvente in caso di decisione dell'assemblea dei creditori nel senso della cessazione dell'impresa del debitore¹⁷⁷.

Non va in questo senso sottovalutata la portata del § 159 *InsO*, che impone all'*Insolvenzverwalter* di procedere senza indugio alla liquidazione della massa fallimentare, a seguito del *Berichtermin*, salvo diversa disposizione dell'assemblea. Norma che ha ripercussioni anche sul piano dell'ammissibilità dell'affitto di beni della massa da parte dell'*Insolvenzverwalter*, beni tra cui potrebbe farsi rientrare, sia pur con i dovuti adattamenti del caso, anche l'azienda del debitore insolvente nella sua interezza: si ritiene ammissibile la cessione in godimento di un bene della massa attiva a un terzo, sia pur compatibilmente con le esigenze della liquidazione e con la durata della stessa. Tali esigenze non potranno che avere riflessi sulla durata del rapporto contrattuale, da orientarsi tendenzialmente al breve termine. Si deve poi considerare la prospettiva di una futura vendita del bene oggetto di concessione in godimento, in modo che il contratto dovrà prevedere meccanismi che ne garantiscano la possibilità, impedendo che il rapporto risulti di ostacolo alla monetizzazione del bene¹⁷⁸.

La panoramica della situazione dei rapporti tra *Unternehmenspacht* e *vorläufige Fortführung* in Germania consente dunque di evidenziare come

¹⁷⁷ Così è orientato: F. KLEIN BLENKERS, *Das Recht*, cit., 136.

¹⁷⁸ A. FLESSNER, in G. KREFT, *InsO*, 5 ed. 2008, § 159, Rdn. 2, 1259; K. GOERG, *InsO*, in H.P. KIRCHHOF, H. EIDENMUELLER, R. STUERNER, *MünchKommInsO*, 2, 2002, § 159, Rdn. 8, 915.

nell'ordinamento italiano i confini tra i due istituti dell'esercizio provvisorio dell'impresa e dell'affitto endofallimentare siano ben più netti e definiti. Ma ciò non può portare a sottovalutare gli aspetti condivisi tra le operazioni in parola, e la comune finalizzazione alla gestione provvisoria dell'impresa in corso di fallimento.

5.1 Le finalità dei due istituti e l'ipotesi di inquadramento tra le forme di gestione provvisoria dell'impresa del fallito.

La comune funzionalizzazione degli istituti dell'esercizio provvisorio dell'impresa e dell'affitto endofallimentare alla valorizzazione del compendio aziendale, e alla non dispersione degli *asset* positivi sopravvissuti alla dichiarazione di fallimento, che una improvvisa cessazione dell'attività di impresa all'apertura della procedura fallimentare potrebbe compromettere irrimediabilmente, è sintomo di una nuova considerazione "unitaria" dell'azienda nella procedura fallimentare, riflesso di un'innovativa impostazione sul tema della liquidazione della massa attiva fallimentare da parte del legislatore della riforma¹⁷⁹.

La concezione della fase liquidatoria del patrimonio del fallito è andata incontro con la nuova legge fallimentare a importanti rivolgimenti, nel senso dell'irrompere di un diverso spettro applicativo e di una rimodulazione significativa, per due aspetti differenti. Da un lato è emersa una nuova prospettiva esegetica su ciò che si debba intendere per "beni" appartenenti al patrimonio del fallito, e dunque, sull'oggetto della liquidazione. Dall'altro, si è assistito a una riformulazione della concezione stessa della liquidazione come fase essenziale della procedura fallimentare.

Le innovazioni della riforma si articolano dunque in due momenti: 1) la nozione di "beni" da liquidare; 2) l'idea stessa di *liquidazione*¹⁸⁰.

Sotto il primo profilo, si tratta anzitutto di precisare cosa debba intendersi, nell'attuale panorama normativo, per "beni" oggetto dell'attività liquidatoria.

¹⁷⁹ Si vedano G. TERRANOVA, *La liquidazione*, 1662. M. PERRINO, *Le cessioni*, cit., 33 ss.; M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.

¹⁸⁰ Il primo a far notare tale dicotomia è stato M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.

E, guardando al sistema complessivo della legge fallimentare riformata, può evidenziarsi il superamento del rinvio, per l'esecuzione concorsuale, alle norme del codice di procedura civile in materia di esecuzione forzata, diviso nel bivio angusto tra modalità di vendita di beni mobili ed espropriazione immobiliare, che non consentiva di valorizzare il compendio aziendale, o altri beni o rapporti giuridici individuati in blocco, in vista della loro cessione. Da un lato l'abbandono delle modalità obsolete e poco funzionali dell'espropriazione mobiliare e immobiliare e l'approdo ad autonome procedure competitive, caratterizzate da una disciplina snella e poco rigida nella determinazione delle varie fasi del procedimento di vendita, rimesse alla discrezionalità del curatore, per la liquidazione del patrimonio del fallito; dall'altro, il *favor* legislativo per le cessioni in blocco piuttosto che per la realizzazione atomistica dei beni: questi gli emblemi di un diverso approccio verso i componenti della massa, più incline a considerarne la dimensione dinamica, la comprensione integrale e il momento "vitale" e "funzionale"¹⁸¹.

A un sistema che imponeva la scelta obbligata di uno dei due corni del bivio tra vendita di beni mobili- in base al disposto dell'art. 106 l. fall., testo previgente, che prevedeva potesse realizzarsi sia all'incanto che ad offerte private, con unico momento di rilevanza della entità di certi beni come elementi di un complesso, rappresentato dalla possibile autorizzazione di una vendita "in massa" in "caso di necessità o di utilità evidente", sicuramente poca cosa rispetto alle moderne esigenze della liquidazione fallimentare- e la vendita di beni immobili, di cui all'art. 108 l. fall., testo previgente, che disponeva dovesse attuarsi di regola all'incanto, salvo diverso ordine del Giudice delegato, là dove potesse qualificarsi come "più vantaggiosa" di una vendita "senza incanto"- si sostituiscono tecniche di cessione in blocco che valorizzano i beni appartenenti ad apparati unitari, in primo luogo l'azienda, con il suo carattere funzionale all'esercizio dell'impresa¹⁸².

Per il secondo profilo, si è in presenza di un profondo iato rispetto alla tradizionale concezione della fase liquidatoria, ovvero di un ampliamento elastico e significativo dell'idea in sé di liquidazione, svincolata dal rigido sistema imperniato

¹⁸¹ Si vedano M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.; G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1663.

¹⁸² M. PERRINO, *Le cessioni*, cit., 33 ss.; M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.; G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1662.

sul rinvio all'esecuzione forzata del codice di procedura e aperta a nuove e innovative tecniche, in una dimensione privatistica nelle modalità di liquidazione, nel senso di un accesso a forme di cessione tipicamente privatistiche; il che però non deve portare a impropri accostamenti con la vendita volontaria e a sottovalutare dunque il momento "concorsuale" della procedura¹⁸³.

Ma tale nuova concezione della fase di liquidazione si accompagna necessariamente al riconoscimento dell'impossibilità di riduzione alla mera cessione dei beni della massa e distribuzione del realizzo tra i creditori. La valorizzazione della dimensione dinamica dei beni oggetto della massa attiva da liquidare e la loro considerazione "in blocco", comporta la necessità di una fase gestionale, anche piuttosto dilatata nel tempo, che vada a costituire parte integrante del procedimento liquidatorio. L'azienda cioè, per essere mantenuta in vita e preservata nella sua dimensione dinamica, unica in cui gli *asset* immateriali inscindibilmente connessi all'esercizio dell'impresa possono sopravvivere, va gestita, amministrata, "organizzata" e destinata all'impresa. Senza esercizio dell'impresa non può darsi conservazione dell'azienda, per cui l'attività imprenditoriale entra a far parte a pieno diritto della liquidazione fallimentare. La liquidazione dell'attivo implica sempre, cioè al tempo stesso, *amministrazione* dell'attivo, e proprio in questa logica sono concepiti e affiancati come alternative per gli organi della procedura l'affitto dell'azienda e l'esercizio provvisorio, tipicamente funzionali alla futura vendita in blocco della azienda del fallito¹⁸⁴.

Non può più accedersi alla concezione ormai superata per cui "la liquidazione del patrimonio del debitore comporterebbe solo un'attività vincolata, posta in essere sotto lo stretto controllo dell'autorità giudiziaria, e dominata [...] da quegli automatismi che dovrebbero garantire il massimo della trasparenza e

¹⁸³ Si veda G. TERRANOVA, *Conflitti*, cit., 180 e in part. nt. 22, in cui si dice che "l'apparente omogeneità delle forme rispetto alle normali operazioni di mercato, non ha eliminato le differenze di disciplina: una vendita coattiva è pur sempre una vendita coattiva, anche se il contratto è stato concluso a trattativa privata". Allo stesso modo G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1662; M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss. Ancora valido poi il rinvio a S. PUGLIATTI, *Esecuzione*, cit., *passim*.

¹⁸⁴ Del resto, si è fatto notare, "amministrazione e liquidazione non sono attività tra loro incompatibili, anzi la seconda presuppone che i beni da alienare siano mantenuti nella piena efficienza e redditività sino a quando non vengono venduti" (cfr. F. FIMMANÒ, *sub* art. 104, cit., 1584).

dell'obiettività"¹⁸⁵. Non può al contrario che prendersi atto che la fase di liquidazione, nel disegno del legislatore della riforma non è più "uno strumento inerte, di pura e semplice attuazione di situazioni soggettive", ma "possiede le caratteristiche, di concretezza e discrezionalità, d'una vera e propria attività gestionale, con tutto ciò che ne consegue sotto il profilo delle strutture organizzative e delle competenze necessarie ad espletarla"¹⁸⁶.

E tale salto ideologico si accompagna alla ricognizione che la liquidazione è fase che necessita di una pianificazione, non potendosi lasciare alle opportunità del caso le strategie per la realizzazione dell'attivo; così come si impone, in una complessità che è anche variegata composizione di istanze potenzialmente confliggenti, una ponderazione e un bilanciamento degli interessi coinvolti, e una previsione delle misure da adottare per tutelarli.

Da tale esigenza scaturisce, sulla scorta di esperienze tipiche di altri ordinamenti, americano¹⁸⁷ e tedesco¹⁸⁸ *in primis*, la previsione del programma di

¹⁸⁵ In questi termini, in chiave critica, G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1662.

¹⁸⁶ Cfr. ancora G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1663; M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.

¹⁸⁷ Nella procedura di insolvenza disciplinata dal *Chapter 11*, il piano di risanamento (*plan of reorganization*), come noto, rappresenta momento centrale.

In base al disposto del *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*, una volta concesse le prime autorizzazioni richieste nella *first-day hearing*, il debitore inizia la predisposizione del piano di risanamento, da sottoporre ai creditori per poter pervenire a un accordo sulle modalità di attuazione del piano medesimo.

Ai fini di una valida presentazione del piano di risanamento il debitore dovrà porre in essere una serie di adempimenti preliminari, tra i quali meritano menzione le c.d. *disclosure statements*: obblighi di informazioni in capo al debitore nei confronti dei terzi interessati relative al *plan of reorganization*, atte a permettere a potenziali investitori o creditori l'effettuazione di una valutazione completa e precisa del piano proposto (le c.d. *adequate information*, ex § 1125 *Bankruptcy Code*).

A seguito degli adempimenti relativi alle *disclosure statements*, si passa alla fase della votazione sul piano, in cui i creditori sono chiamati ad esprimere la propria preferenza in ordine al *plan*, che viene approvato se in ciascuna classe votante ha ottenuto il voto favorevole di almeno i due terzi del valore nominale dei crediti e la maggioranza, per teste, dei creditori votanti (§ 1126 *Bankruptcy Code*).

L'approvazione del piano è soggetta all'omologazione da parte della corte, a seguito della quale sarà possibile per i soggetti interessati presentare eventuale opposizione. Nel procedimento di omologazione, è rimessa alla corte la verifica del rispetto delle procedure e degli adempimenti da parte del debitore per la proposizione del piano e, inoltre, l'accertamento: 1) della fattibilità (§§ 1126 e 1129 *Bankruptcy Code*) del piano, ad escludere l'evidenza di un suo fallimento e dello sfociare nella procedura di liquidazione (*Chapter 7*) o della necessità di un'ulteriore ristrutturazione finanziaria; 2) della buona fede del debitore; 3) del rispetto della disciplina del *Bankruptcy Code* e delle altre leggi applicabili non necessariamente fallimentari (come ad esempio le leggi relative alle partecipazioni finanziarie, che posso rilevare nel caso in cui il piano preveda l'emissione di strumenti

finanziari o *debt-equity swap*); 4) della rispondenza del piano al “*best interest of creditors*” (il trattamento che ciascun creditore riceve in base al piano non deve essere peggiore rispetto a quello che riceverebbe in caso di procedura di liquidazione ai sensi del Chapter 7).

¹⁸⁸ Se si guarda ad esempio all’*InsO* tedesca, il fulcro della procedura è rappresentato dall’*Insolvenzplan*, alla cui predisposizione potrebbe essere incaricato il curatore dalla *Gläubigerversammlung* (assemblea dei creditori), nell’adunanza fissata per la relazione dell’*Insolvenzverwalter* (curatore), accanto alla decisione circa il proseguimento dell’impresa del debitore insolvente, indicandogli le finalità del piano (sulla presentazione del piano di insolvenza da parte dell’*Insolvenzverwalter*, autonomamente o su proposta dell’assemblea dei creditori si vedano: K. OTTE, in B. KLUEBER, H. PRUETTING, R. BORK, RWS, *InsO - Kommentar zur Insolvenzordnung*, 2014, § 217, Rdn. 11; H. W. LANDFERMANN, *Der Ablauf eines künftigen Insolvenzverfahrens*, BB *Betriebs Berater*, 1995, 1649, 1654; W. UHLENBRUCK, *Die neue Insolvenzordnung*, in *GmbH-Rundschau*, 1995, 195, 209; R. FUNKE, *Der Insolvenzplan des Entwurfs der Insolvenzordnung im Lichte der Erfahrungen mit dem amerikanischen Reorganisations- und Schuldenregulierungsrecht*, in *Für Recht und Staat : Festschrift für Herbert Helmrich zum 60.*, a cura di K. LETZGUS, München, 1994, 627, 632).

Il piano di regolazione dell’insolvenza può anche mirare, sia pur come obiettivo mediato - data la finalità primaria della procedura, relativa al soddisfacimento dei creditori concorsuali - al risanamento dell’impresa, la cui titolarità rimanga in capo al debitore (*Sanierungsplan*), o mediante trasferimento dell’azienda a terzi e prosecuzione dell’impresa da parte del nuovo *Unternehmensträger - Übertragungsplan*, o *übertragende Sanierung* disposta nella procedura di insolvenza e prevista nell’ambito di un piano di regolazione dell’insolvenza, su cui si è già soffermati (per un’interessante ricostruzione del sistema tedesco dal punto di vista della dottrina italiana, circa la possibilità di procedere al trasferimento di azienda come concreta modulazione dell’*Insolvenzplan* anche per le aziende bancarie, e per le ulteriori peculiarità che la natura bancaria dell’impresa comporta nella gestione della crisi si veda M. PERRINO, *Le cessioni*, 11 e ss. in particolare nt. 25), che può essere anche “*eine juristische Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, [...] die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegründet worden ist, um das Unternehmen oder einen Betrieb des Schuldners zu übernehmen und weiterzuführen*”, ovvero una persona giuridica o società priva di personalità giuridica, fondata a seguito dell’apertura della procedura per rilevare l’azienda e proseguire nell’esercizio dell’impresa (§ 260 Abs. 3 *InsO*), o ancora la liquidazione dell’attivo con modalità peculiari rispetto a quelle previste dalla disciplina legale (*Liquidationsplan*, si tratterebbe del caso in cui l’*Insolvenzplan* tedesco assume configurazione più simile all’analogo istituto italiano previsto dall’art. 104-ter, e si veda per le tre modalità classiche di configurazione dell’*Insolvenzplan* si vedano: K. OTTE, B. KLUEBER, H. PRUETTING, R. BORK, RWS, *InsO - Kommentar zur Insolvenzordnung*, 2014, §217, Rdn. 38; H. EIDENMÜLLER, in H. P. KIRCHHOF, H. J. LWOWSKI, R. STÜRNER, *MünchKommInsO*, , vol. III, 3 ed., München, 2013, § 217, Rdn. 171, 74; A. FLESSNER, in G. KREFT, *Insolvenzordnung*, 6 ed., Heidelberg, 2011, vor § 217 *InsO*, Rdn.12, 1654; J. D. SPLIEDT, in K. SCHMIDT, *Insolvenzordnung: InsO mit EuInsVO*, 18 ed., München, 2013, § 217 *InsO*, Rdn. 8, 1705).

Si deve sottolineare come l’autonomia privata possa configurare variamente l’*Insolvenzplan*, rappresentando le sopra menzionate forme giuridiche non schemi rigidi e intangibili, ma modelli malleabili e idonei ad adattarsi alle diverse esigenze della procedura in concreto, ammettendosi anche piani c.d. misti- si pensi al caso in cui il trasferimento a terzi dell’azienda avvenga solo a seguito di risanamento aziendale- così K. OTTE, § 217, cit., Rdn. 38; H. EIDENMULLER, § 217, cit., Rdn. 171 ss., 73 ss.; A. FLESSNER, in G. KREFT, *Insolvenzordnung*, Müller Jur.Vlg.C.F., 6 ed., 2011, vor § 217 *InsO*, Rdn. 12, 1654; J.D. SPLIEDT, § 217, cit., Rdn. 8, 1705; M. JAFFÉ, in K. WIMMER, *FK-InsO - Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, ed. 6, Köln, 2011, § 217, Rdn. 71 ss., 1647 e ss.)

L’*Insolvenzplan* può dunque presentare, da un lato, aspetti analoghi al nostro concordato preventivo, e in questo senso forte è stata l’influenza sulla nuova disciplina tedesca del *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense (sull’influenza del *Chapter 11* sull’*InsO* tedesca: K. OTTE, §217,

liquidazione (art. 104-ter), che deve essere redatto dal curatore entro 60 giorni dalla compilazione dell'inventario e sottoposto all'approvazione del comitato dei

cit., Rdn. 8, 5; H. EIDENMÜLLER, in H. P. KIRCHHOF, H. J. LWOWSKI, R. STÜRNER, *MünchKommInsO*, 3 ed., 2013, vor § 217 bis 269, Rdn. 16 ss., 7; J.D. SPLIEDT, in K. SCHMIDT, *Insolvenzordnung: InsO mit EuInsVO*, 18 ed., München, 2013, Ein. § 217, Rdn. 7, 1700; M. JAFFÉ, § 217, cit. Rdn. 71 ss., 1647 e ss.; D. GRAWE, *Der Ablauf des US-amerikanischen Chapter 11-Verfahren*, *ZInsO Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, 2012, 158; B. MEYER-LOWY, C. POERTZGEN, L. ECKHOFF, *Einführung in das US-amerikanische Insolvenzrecht*, *ZInsO Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, 2005, 735 ss.; F. PODEWILS, *Zur Anerkennung von Chapter 11 in Deutschland*, *ZInsO Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, 2010, 209 ss.) - nel caso in cui il risanamento dell'impresa venga perseguito, ad esempio, mediante concessione di dilazioni o riduzioni di crediti (§§ 224 e 223 Abs. 2), o divisione dei creditori in classi, in deroga al principio della *par condicio* (§ 222), o ancora nel caso in cui si preveda che i creditori concorsuali vengano soddisfatti mediante gli utili derivanti dalla prosecuzione dell'attività di impresa, eventualmente a seguito di cessione o concessione dell'azienda del debitore a terzi (§ 229) -, o al contrario presentare profili adiacenti al piano di liquidazione nel nostro fallimento, laddove si prevedano regole particolari per procedere alla liquidazione dell'attivo, in deroga a quelle legali.

Forte è perciò la valorizzazione dell'autonomia privata, nell'esperienza dell'*InsO*, con particolare riferimento al piano di regolazione dell'insolvenza, che va a modellare lo strumento concesso dal § 217 *InsO* a seconda delle più disparate esigenze della procedura. Autonomia privata che si evidenzia, sin dall'origine, nella duplice legittimazione alla presentazione del piano, non riservata in via esclusiva al debitore, che può presentare il piano con la domanda di apertura del procedimento - mentre non può tenersi conto di un piano presentato al giudice dopo l'assemblea finale dei creditori -, ma estesa anche al curatore (§ 218 *InsO*), che può essere incaricato come visto dalla *Gläubigerversammlung ex § 157 InsO*, o nel ruolo svolto dall'*Insolvenzgericht* in sede di omologazione del piano (§ 248 ss. *InsO*).

Il piano di regolazione dell'insolvenza si compone e articola in due parti: una illustrativa e una contenente la proposta. Nella parte illustrativa vanno descritte le misure adottate dopo l'apertura del procedimento o ancora da adottare per procedere alla realizzazione della massa o al risanamento, andando a individuare le basi programmatiche di partenza che costituiranno il fulcro della procedura a seguire, per la miglior attuazione dei diritti degli interessati. Tra queste misure sembra dovrebbe poter trovare spazio - vista l'ampia autonomia concessa alle parti dall'*InsO*, che non predetermina il contenuto dell'*Insolvenzplan*- anche la concessione in godimento dell'azienda (in termini di "affitto" si esprime H. H. ZIPPERER, „Übertragende Sanierung” – *Sanierung ohne Grenzen oder erlaubtes Risiko?*, *NZI Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung*, 2008, 206) del debitore, quantomeno prodromica rispetto a un successivo trasferimento. L'altra parte dell'*Insolvenzplan*, con contenuto pregnante, conterrà, invece, le proposte che andranno ad incidere sulla posizione giuridica degli interessati, e dunque le eventuali concessioni che vengano richieste ai creditori concorsuali. Ai nostri fini è particolarmente interessante notare che sembra possibile che la concessione dell'azienda del debitore insolvente venga disposta, sia come *Pacht* (Parla esplicitamente di "affitto" dell'azienda del debitore insolvente a una *Auffanggesellschaft*, come possibile variante di un'operazione di *übertragende Sanierung*, in fase prodromica a un successivo trasferimento, H. ZIPPERER, „Übertragende Sanierung”, cit., 206), che tramite istituti affini, che comportino comunque la concessione ad un terzo del diritto di godimento sull'azienda su base contrattuale, nell'ambito delle previsioni del piano di regolazione dell'insolvenza (Per il caso ad esempio della creazione di una *Auffanggesellschaft* cui venga concessa in godimento l'azienda del debitore insolvente nell'ambito di una procedura di *Sanierung* disposta con il piano di insolvenza: H. ZIPPERER, „Übertragende Sanierung”, cit., 206; H. EIDENMÜLLER, § 217, cit., Rdn. 91, 53). Ciò similmente a quanto è previsto in Italia per il piano di liquidazione *ex art. 104-ter l.f.*, nonostante le radicali differenze, che non possono essere sottovalutate, tra i due "piani", presentando quello tedesco natura, come visto, proteiforme.

creditori, e che non a caso è alveo privilegiato, anche se non unico, per la proposta d'affitto o di esercizio provvisorio¹⁸⁹. Affitto d'azienda ed esercizio provvisorio dell'impresa diventano cioè possibili misure del programma di liquidazione, così confermando, da un lato, la loro natura di forme di gestione dell'impresa del fallito, sia pur provvisorie e destinate a concludersi con la vendita o il ritorno alla procedura, dall'altro, la natura di fase anche gestoria del procedimento di liquidazione.

5.2 Dubbi sui criteri per orientare la scelta degli organi della procedura tra continuazione dell'impresa da parte del curatore e concessione in godimento al terzo.

Va a questo punto esaminata la questione dei criteri che gli organi della procedura debbano seguire per orientarsi nella scelta tra esercizio provvisorio dell'impresa da parte del curatore e affitto endofallimentare dell'azienda. Nella prospettiva di voler continuare l'attività di impresa del fallito, cosa risulterà preferibile per la procedura, disporre la concessione dell'azienda in godimento a un terzo affittuario o la continuazione provvisoria ad opera della curatela?

Chiaro che la risposta a un siffatto quesito non potrà essere univoca e determinata una volta per tutte, ma incideranno sulle determinazioni da assumere le circostanze del caso concreto: si pensi, ad esempio, alle eventuali difficoltà riscontrate a reperire potenziali interessati all'affitto e all'urgenza di proseguire con l'esercizio dell'impresa per non disperdere gli *asset* ancora positivi del compendio aziendale, o ancora alle scarse capacità manageriali del curatore in concreto nominato che potrebbero consigliare di non optare per l'istituto di cui all'art. 104 l. fall., o ancora alla non accessibilità in concreto dell'esercizio provvisorio per ostacoli giuridici, come la già visionata ipotesi di azienda sopravvenuta al fallito nel corso della procedura o appartenente a un imprenditore cessato, in quanto in questo

¹⁸⁹ Il riferimento è a M. PERRINO, *Il programma di liquidazione*, cit., 1087 ss.

caso, non avendosi prosecuzione della medesima impresa esercitata prima della dichiarazione di fallimento dal debitore da parte del curatore, non potrebbe decidersi l'esercizio provvisorio, ma solo l'affitto endofallimentare, o dell'affitto d'azienda, come nel caso di fallimento di un imprenditore che esercitasse l'attività con azienda in affitto, con clausola che vieti il subaffitto.

In astratto, l'istituto dell'affitto endofallimentare potrebbe ritenersi più vantaggioso per la procedura, rispetto all'esercizio provvisorio dell'impresa, con riferimento in particolare al differente regime di responsabilità per le obbligazioni contratte nell'esercizio dell'attività, e dunque, in ultima analisi, per la distribuzione del rischio di impresa, riallocato dai creditori al terzo affittuario.

Come visto, l'affitto diventa strumento di efficiente riallocazione del rischio di impresa, migrato sui creditori con l'insolvenza, in capo all'affittuario, ripristinando il tradizionale rapporto potere gestorio-rischio tipico dell'impresa *in bonis*.

Ciò però non deve far dimenticare che anche l'affitto endofallimentare è operazione che presenta dei rischi per il fallimento, sia pur diversi dal *rischio di impresa*: perdita di valore dell'azienda a causa di una gestione infruttuosa dell'affittuario, inadempimento delle obbligazioni contrattuali da parte di quest'ultimo, ostacoli nella liquidazione del bene per perdita di occasioni di vendita o disincentivi alla presentazione di offerte di acquisto.

D'altro canto, non può negarsi che, nel caso di disposizione dell'esercizio provvisorio, si ponga un problema di squilibrio tra *controllo* dell'impresa e rischio della stessa, gravante sul ceto creditorio. Ma proprio per riequilibrare una situazione potenzialmente patologica per i creditori, si è valorizzato nell'esercizio provvisorio il ruolo del comitato dei creditori, come organo cui siano attribuiti a seguito della riforma, dei poteri di ingerenza nella gestione dell'impresa da parte del curatore¹⁹⁰.

Sembra corretto dunque ritenere, che non si possa *a priori*, per il caso che entrambe le strade, affitto o esercizio provvisorio, siano in concreto praticabili, stabilire un vincolo nella scelta della procedura per l'affitto piuttosto che per

¹⁹⁰ Così P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., *passim*.

l'esercizio provvisorio, sulla base della mera ricognizione astratta di rischi e vantaggi delle due operazioni¹⁹¹.

E, d'altronde, il dato letterale sembra supportare questa conclusione, in quanto il legislatore non individua dei criteri di scelta tra i due istituti, che sarebbero difficilmente individuabili in via interpretativa, lasciando dunque alla discrezionalità degli organi della procedura la scelta se preferire l'uno o l'altro in base alle esigenze del caso concreto. E d'altronde gli artt. 104 e 104-bis sono emblematici in questa direzione nell'uso di termini come "opportunità" o "utilità" che sembrano escludere un preteso carattere vincolato delle scelte della procedura in questa materia.

Peraltro, il legislatore in entrambi i casi circonda l'utilizzo dei due istituti di particolari cautele, in termini di integrazioni legali rispetto al regolamento contrattuale previsto dalle parti per l'affitto, o di poteri discrezionali al comitato o al curatore per sterilizzare i rischi delle due operazioni ed eventualmente tornare sulla decisione. Se per l'affitto, infatti, è disposto il diritto di recesso come clausola obbligatoria del contratto stipulato tra curatela e affittuario, per l'esercizio provvisorio numerose sono le cautele a rendere non definitiva (e come potrebbe, se neppure la decisione in termini di affitto endofallimentare lo è, nonostante la cogenza del vincolo contrattuale, inficiata dal recesso legale?) la scelta della continuazione dell'impresa: in particolare, è previsto un potere di decidere la cessazione dell'esercizio del comitato dei creditori, che là dove non ravvisi più l'opportunità di continuare l'esercizio provvisorio, dovrà informarne il giudice delegato, che ordina la cessazione (art. 104, co. 4), ma anche del Tribunale con decreto in camera di consiglio, non soggetto a reclamo, sentiti il curatore ed il comitato dei creditori (art. 104, co. 6); sono poi previsti obblighi informativi periodici, e in ogni caso in presenza di circostanze sopravvenute che possano influire sulla prosecuzione dell'esercizio provvisorio, in capo alla curatela nei riguardi del comitato e del giudice delegato¹⁹².

¹⁹¹ Così P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 74; F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1576 ss.; F. PASQUARIELLO, *Gestione*, cit., 13; A. PATTI, *L'affitto*, 1088 e in part. 1090; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 286.

¹⁹² Per tutti questi aspetti si vedano G. FERRI JR., *Le forme*, cit., 2 e P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 126 ss.; F. PASQUARIELLO, *Gestione*, cit., 81 ss.

Si può dunque concordare con chi ha sostenuto che solo in casi estremi la decisione dell'affitto endofallimentare potrebbe presentarsi chiaramente più conveniente per la procedura, con conseguente illegittimità dell'eventuale provvedimento che opti per l'altra soluzione, e responsabilità del curatore e dei membri del comitato, al limite integrandosi giusta causa di revoca¹⁹³.

Così come nella proposta di affitto o di esercizio non si potrà richiedere un obbligo motivazionale, sul punto della preferenza di un istituto piuttosto che dell'altro, in capo al curatore troppo gravoso, con necessità di enucleare dettagliatamente aspetti e profili favorevoli o contrari all'adozione dell'una o dell'altra decisione¹⁹⁴.

6 L'affitto d'azienda nel quadro della liquidazione dell'attivo fallimentare, come strumento per la conservazione del complesso aziendale.

E' dunque nel quadro della fase liquidatoria¹⁹⁵, come visto, che va inserito l'istituto dell'affitto endofallimentare, come strumento di gestione provvisoria dell'impresa del fallito, proseguita non direttamente dagli organi della procedura, ma dal terzo affittuario, con conduzione a proprio rischio, e imputazione esclusiva dell'attività imprenditoriale. L'affitto è strumento che consente di conciliare l'obiettivo della continuazione dell'attività di impresa con la non assunzione del relativo rischio da parte dei creditori, realizzando una riallocazione del rischio di impresa dal ceto creditorio al terzo affittuario.

La procedura potrà cioè godere degli incrementi di ricchezza derivanti dalla prosecuzione, se profittevole, dell'attività, non in termini ovviamente di partecipazione agli utili, che spetteranno, così come le eventuali perdite, all'affittuario in via esclusiva, ma in termini di valorizzazione del compendio aziendale in vista della futura cessione in blocco dello stesso e massimizzazione del ricavato dalla vendita, e nella misura in cui la stipulazione del contratto comporterà

¹⁹³ Così P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 75

¹⁹⁴ Specularmente per l'esercizio provvisorio allo stesso modo P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 75.

¹⁹⁵ In questa direzione M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.; G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1662; F. FIMMANÒ, *sub art. 104*, cit., 1584.

un aumento certo (al netto del rischio di inadempimento della controparte contrattuale) della massa attiva fallimentare, tramite i canoni d'affitto periodicamente corrisposti dall'affittuario.

La continuazione dell'attività di impresa da parte di un terzo diventa strumento di amministrazione dell'azienda, istaurando una situazione statica di godimento dell'azienda da parte della procedura, a fronte di una prosecuzione dell'impresa da parte di un terzo, che consenta di non disperdere gli *asset* dell'apparato produttivo che nell'impresa trovano ragion d'essere, e che verrebbero irrimediabilmente compromessi con la cessazione dell'attività.

In questo senso la fase della liquidazione si arricchisce di un momento gestionale del patrimonio del fallito¹⁹⁶, che, con riguardo al "bene" azienda, coincide con il momento dinamico della prosecuzione dell'esercizio dell'attività di impresa.

Si instaura dunque con l'affitto l'equazione *liquidazione* corrispondente ad *amministrazione*¹⁹⁷, coincidente, per l'azienda, con *esercizio dell'impresa*. Nello stesso tempo lo strumento consente di non far gravare le incognite della prosecuzione dell'attività sui creditori, ma su un terzo, puntando peraltro sul maggior incentivo agli investimenti e propensione al rischio da parte di un soggetto esterno alla procedura, che sull'azienda punta e ripone fiducia.

E' dunque corretto ritenere che l'affitto vada riferito alla fase di amministrazione dei beni del fallito, risultando finalizzato all'organizzazione e alla custodia dei beni della massa attiva fallimentare¹⁹⁸. Così come non può ormai dubitarsi del fatto che la fase liquidatoria comporti necessariamente un momento gestorio dei beni da liquidarsi, per cui non si darebbe incompatibilità tra amministrazione e liquidazione. Potrebbe dirsi che una ponderata amministrazione e gestione dei beni del patrimonio del fallito è condizione necessaria per la liquidazione¹⁹⁹. La possibilità di massimizzare il ricavato dalla liquidazione presuppone che i beni da alienare siano mantenuti nella piena efficienza e

¹⁹⁶ Si vedano M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.; G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1662; F. FIMMANÒ, *sub art. 104*, cit., 1584.

¹⁹⁷ Sul punto M. PERRINO, *La liquidazione dei beni nel fallimento*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.; G. TERRANOVA, *La liquidazione fallimentare*, 1662; F. FIMMANÒ, *sub art. 104*, cit., 1584.

¹⁹⁸ Così F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 449.

¹⁹⁹ Cfr. F. FIMMANÒ, *sub art. 104*, cit., 1584.

redditività, sino al momento della cessione. E' stata dunque riconosciuta alla fase dell'amministrazione dei beni del debitore nel corso del fallimento un valore peculiare, e strumentale alla attività di liquidazione che, in base alla tradizionale opinione, come visto avrebbe costituito fine esclusivo del fallimento. Solo tramite una conduzione dinamica della massa è possibile garantire il mantenimento della funzionalità degli apparati produttivi, dei rapporti giuridici individuabili in blocco. La liquidazione è sì la fase di conversione dei beni in denaro destinato all'adempimento delle obbligazioni inadempite dall'imprenditore insolvente, ma presuppone l'amministrazione dei beni da liquidarsi²⁰⁰.

Se dunque l'amministrazione è parte essenziale della liquidazione, occorre compiere un passo ulteriore: nel caso del bene azienda, nella sua destinazione funzionale all'impresa, l'amministrazione corrisponde alla continuazione dell'attività imprenditoriale. Solo tramite l'esercizio dell'impresa l'azienda mantiene la sua unità organizzativa, la sua propensione dinamica, il surplus valoriale dato dal suo essere strumento atto alla produzione.

Dunque nel caso dell'azienda, la continuazione dell'attività è una forma di gestione del bene, che va a integrare la fase della liquidazione come sua parte necessaria. E l'affitto endofallimentare, nella sua funzione tipica ipotizzata dal legislatore, consente di proseguire l'attività, senza che il rischio di tale prosecuzione gravi sul ceto creditorio.

7 Posizione delle questioni in merito a finalità alternative dell'affitto: ipotesi su una funzione in sé liquidatoria.

Si è fin qui cercato di ricostruire *ratio* e impostazione dogmatica dell'istituto, inquadrato nell'ambito delle tecniche di gestione provvisoria dell'impresa nel corso del fallimento, a consentirne la prosecuzione, con riallocazione, però, del rischio di impresa, che altrimenti graverebbe sui creditori, su un terzo affittuario. Nello schema tipico individuato dal legislatore, si è ritenuto, l'affitto endofallimentare è

²⁰⁰ Si vedano M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.; G. TERRANOVA, *La liquidazione*, 1662; F. FIMMANÒ, *sub art. 104*, cit., 1584.

visto come istituto ponte che possa agevolare il percorso verso la ricollocazione dell'azienda, verso la sua cessione in blocco.

Si è visto che tale funzione tipica è ritenuta dalla dottrina maggioritaria come in realtà esclusiva, e ciò sulla base del dato letterale di cui all'art. 104-*bis* co. 1 l. fall., che prevede che si disponga l'affitto quando ciò possa essere utile alla più proficua vendita dell'azienda.

Ma a ben vedere sembra possibile tenere un approccio maggiormente possibilista, al di là della lettera della legge, che peraltro non parrebbe assumere la perentorietà e incontrovertibilità di altri riferimenti, basti guardare all'art. 105 l. fall., in materia di vendita, dove chiara è la subordinazione della liquidazione atomistica rispetto alla cessione in blocco dei beni della massa²⁰¹, con un rigore dell'elemento normativo che non sembra riscontrarsi invece in tema di affitto endofallimentare.

L'affitto d'azienda, che può rappresentare parte integrante del programma di liquidazione, come visto, può essere disposto anche in una fase antecedente alla presentazione da parte del curatore del programma di liquidazione, già come prima misura da proporre a seguito della nomina, e, vedremo, che tale misura potrebbe essere disposta senza attendere la costituzione del comitato dei creditori.

Questa decisione può, quindi, riguardare una fase che precede la vera e propria liquidazione, in un periodo temporale nel quale le determinazioni da parte del curatore rispetto alle modalità di liquidazione dell'attivo non sono state definite, o al massimo sono definite in forma del tutto embrionale. L'ammissibilità dell'affitto, in una fase che precede la vera e propria fase di liquidazione, fa sorgere delle perplessità circa la qualificazione di tale decisione come adottata in vista della futura vendita, prospettiva che potrebbe presentarsi del tutto lontana.

Peraltro, a differenza dell'esercizio provvisorio, non è possibile la disposizione "d'urgenza" da parte del tribunale fallimentare in sede di dichiarazione di fallimento, ma ciò si spiega in ragione del fatto che per la scelta del terzo contraente affittuario risulta necessaria una procedura competitiva che il tribunale non può espletare, e che rientrerà tra i compiti del curatore.

²⁰¹ Si veda M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 684 ss.

Le riflessioni appena esposte potrebbero condurre a ritenere che imponesse al curatore la proposta dell'affitto solo là dove ci siano concrete prospettive di liquidazione in blocco dell'azienda, rispetto ad una fase ancora germinale della procedura fallimentare, risulti un vincolo eccessivo e potrebbe compromettere le potenzialità dell'istituto. Tale constatazione appare anche più chiara se si pensa che la proposta d'affitto presentata prima del programma di liquidazione dovrà incontrare il parere favorevole del comitato dei creditori, per cui l'interesse dei creditori a massimizzare il ricavato dalla liquidazione dell'attivo risulterebbe comunque protetto, in quanto l'approvazione della proposta d'affitto sarebbe scelta consapevole dei rappresentanti del ceto creditorio.

Altro dato da tenere in conto è la considerazione unitaria degli istituti dell'affitto d'azienda e dell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito da parte del legislatore.

Storicamente le due fattispecie sono state esaminate congiuntamente, arrivandosi addirittura a ipotizzare nel vigore del testo pre-riforma, con un'interpretazione che oggi va ritenuta certamente superata, ma che tanto può narrare sul legame tra i due istituti, che l'affitto fosse una forma di esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento; in secondo luogo, affitto ed esercizio provvisorio vengono disciplinati da due norme immediatamente consecutive, dato sistematico che evidenzia una visione comune del legislatore della riforma per i due strumenti; ancora, l'art. 104-*ter* nel menzionare le diverse decisioni possibili da parte del programma di liquidazione, alla lettera a) indica l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di singoli rami di azienda, ai sensi dell'articolo 104, ovvero la possibilità di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di rami, a terzi ai sensi dell'articolo 104-*bis*. Gli elementi normativi appena richiamati non possono che essere interpretati nel senso di attribuire una funzione comune dell'esercizio provvisorio dell'impresa e dell'affitto endofallimentare d'azienda, quali strumenti di gestione provvisoria dell'impresa del fallito, da parte degli organi della procedura, il primo, da parte di un terzo affittuario, il secondo.

A fronte di tale unitaria comprensione potrebbe risultare problematico un trattamento differenziato tra le due fattispecie, in ordine ai presupposti per la loro

adozione, che non sembrerebbe trovare ragione nella pur netta differenza in termini di rischio di impresa e di responsabilità per le obbligazioni assunte nel corso della gestione: in tal senso assai più conveniente appare l'istituto dell'affitto rispetto all'esercizio provvisorio, comportando il primo l'imputazione in via esclusiva dei debiti sorti in corso di rapporto in capo all'affittuario, mentre determinando, il secondo, il sorgere di obbligazioni prededucibili, che gravano dunque sulla massa.

Ma, mentre l'art. 104 l. fall., in materia di esercizio provvisorio, nulla dice riguardo alla necessaria finalizzazione e connessione della continuazione dell'impresa del fallito a una futura operazione di vendita, l'art. 104-*bis* ancora la proposta d'affitto alla potenziale cessione in blocco del complesso aziendale. Ma una così netta differenza in termini di condizioni di utilizzo dell'istituto da parte degli organi della procedura appare fortemente problematica.

Stante il ragionamento sin qui seguito lascia perplessi il fatto che la continuazione dell'impresa del fallito, sia nel caso del c.d. esercizio provvisorio d'urgenza, sia nel caso del c.d. esercizio provvisorio di secondo grado, possa essere senz'altro autorizzata senza tener conto del futuro programma di liquidazione, mentre la concessione in godimento a un terzo dell'azienda tramite l'affitto, istituto che presenta minori rischi per i creditori e per la procedura, dovrebbe potersi autorizzare solo nel caso di connessione con una operazione di vendita successiva in sede di liquidazione già pianificata.

Ancora, si possono rilevare le differenze tra l'impostazione della l. 223/91 e quelle dell'art. 104 l. fall. La disposizione della l. 223/1991, relativa al riconoscimento del diritto di prelazione legale all'affittuario dell'azienda, non è stata riprodotta dal legislatore della riforma della legge fallimentare, che, nel riconoscere in via positiva l'ammissibilità dell'affitto endofallimentare e nel tracciarne le linee essenziali di disciplina preferiva la sicuramente più blanda prelazione convenzionale, da inserire eventualmente come clausola del contratto. Il collegamento tra affitto e futura vendita termina dunque nell'attuale impostazione della riforma di essere strutturale e diventa meramente convenzionale, sicché anche tale dato sembra deporre per un'interpretazione estensiva dell'istituto di cui all'art. 104-*bis*.

E d'altronde un'impostazione che veda l'affitto endofallimentare utilizzabile solo come transito verso la cessione potrebbe frustrare le potenzialità dell'istituto, strumento duttile e proteiforme che si presta a impieghi alternativi e differenti. E ciò peraltro in contrasto con lo spirito della riforma, che sembra lasciare ampia discrezionalità agli organi della procedura, e al curatore in particolare, riguardo alle tecniche di gestione e realizzazione del patrimonio del fallito, con l'avvento di moduli elastici e di stampo privatistico, che hanno sostituito la rigidità delle, ormai non più rispondenti all'attuale panorama economico, norme della legge fallimentare nel testo originario. Non si spiegherebbe una diversa e meno docile soluzione per l'affitto piuttosto che per le altre tecniche di liquidazione.

Tali riflessioni aprono a interrogativi su possibili usi dell'affitto rispetto al tipico impiego previsto dal legislatore, quello di strumento di gestione dell'azienda in esercizio, in vista della sua alienazione.

Va, in primo luogo, esaminata, in questa direzione, l'ammissibilità di un affitto con finalità liquidatorie in senso stretto. Si tratta di un'ipotesi in realtà poco ricorrente nella prassi: l'affitto dell'azienda nel corso della procedura potrebbe venire programmato con finalità di soddisfacimento, tramite il canone pagato dall'affittuario, dei creditori del fallito. A ben vedere, l'ipotesi era già stata avanzata in dottrina pre-riforma, ed era anzi l'unica opzione da alcuni autori ritenuta ammissibile nel vigore del testo originario della legge fallimentare. Oggi, alla luce del nuovo testo dell'art. 104-*bis*, contestarne addirittura la legittimità, sulla scorta dell'argomento per cui l'affitto dovrebbe essere sempre finalizzato alla futura vendita dell'azienda, risulta discutibile.

8 Posizione delle questioni in merito a finalità alternative dell'affitto: la concessione in godimento dell'azienda a terzi potrebbe costituire strumento per agevolare il finanziamento dell'impresa

In tema di possibili finalità alternative dell'affitto, va segnalata da ultimo la recente valorizzazione dell'istituto in parola come strumento di reperimento di finanziamenti e capitale di prestito da parte di terzi per l'esercizio dell'attività di

impresa da parte dell'affittuario²⁰², meritevole di fiducia da parte del mercato del credito.

Nell'ottica proposta l'affitto endofallimentare potrebbe divenire un utile strumento di riallocazione competitiva dell'impresa, nel quadro del fallimento, visto non più in prospettiva sanzionatoria ed espulsiva, ma come nuovo inizio, come opportunità di mercato.

L'istituto in esame potrebbe assurgere a mezzo di collocazione ottimale dell'azienda, pure in un'ottica di attrazione di finanziamenti, potendo essere imperniato sull'aspettativa di costituzione in garanzia del compendi, che, mai sottovalutarlo, continua ad appartenere alla massa attiva fallimentare, mentre l'imprenditore affittuario risulta solo titolare di un diritto di godimento sull'azienda.

Rispetto ad una stima del valore economico²⁰³ dell'azienda,²⁰⁴ in modo da definire una adeguata valutazione del canone di affitto (o, diversamente, del prezzo di cessione), il piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali assume un ruolo decisivo, quale elemento indicatore di un recupero temperato dell'elemento del reddito, consistente nell'incremento del suo valore economico. Il piano è infatti atto a conseguire la fiducia degli *stakeholders*²⁰⁵, dopo attenta analisi valutativa della situazione patrimoniale "di partenza", in modo da potere avverare le fasi necessarie al rilancio sul mercato, in ragione dei possibili e opportuni investimenti dell'affittuario.

²⁰² Per tale posizione, A. PATTI, *Affitto*, cit., 77 ss.

²⁰³ Il valore del capitale economico dell'impresa, piuttosto che il capitale reale valorizzato a bilancio, è il riferimento nelle trattative per la determinazione del prezzo del trasferimento di azienda. Varie sono poi le tecniche valutative impiegate nella pratica, da quelle finanziarie dei flussi di cassa attualizzati, a quelle reddituali, a quelle miste reddituali-patrimoniali. Per un approfondimento in proposito, per tutti: L. GUATRI, *La valutazione delle aziende. Teoria e pratica dei paesi avanzati a confronto*, Milano, 1990, 107 ss.; 183 ss.; 235 ss.

²⁰⁴ Trattandosi di impresa in crisi, non deve in alcun modo basarsi su metodi reddituali, data l'assenza di una prospettiva immediata di produttività futura, ma piuttosto su un elemento congiunto di patrimonio e valutazione indipendente del *badwill*, ossia del disavviamento (calcolabile quale differenza tra capitale economico e valore della sostanza patrimoniale): così, P. BASTIA, *Pianificazione e controllo dei risanamenti aziendali*, Torino, 1996, 202, che sottolinea comunque l'incertezza nella formulazione del *badwill*, per l'entità delle perdite future (congetture ad un valore medio prospettico), per il numero di anni del loro perdurare, per la scelta dei tassi di remunerazione normale e di attualizzazione.

²⁰⁵ In tale senso: L. GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, 106 ss.

La finanziabilità del piano deve essere naturalmente valutata in relazione alla durata dell'affitto, in ragione della sua compatibilità con la programmata realizzazione degli obiettivi in esso indicati, sulla base della disponibilità delle risorse già presenti o ottenute sul mercato.

Su tale profilo, si inserisce il momento del finanziamento esterno del piano, ad opera di quei soggetti non implicati direttamente nella gestione dell'azienda, come invece l'affittuario, il quale, dotato della capacità economica, è soggetto decisore di investimenti, in qualche modo protetti dal vincolo contrattuale con il curatore fallimentare (in base alle garanzie date dalla relazione di stima e con l'eventuale negoziata separazione, se ammissibile, degli elementi di miglioramento apportati)²⁰⁶. Quindi, la questione che ne deriva attiene all'individuazione delle garanzie per tali finanziatori, anche in ragione della mancanza del regime di predeuzione (in quanto il destinatario dei finanziamenti è un terzo non fallito), a differenza che nell'esercizio provvisorio, rispetto al quale un tale trattamento ai crediti sorti in sua pendenza è da sempre espressamente riconosciuto.

Il "rinnovato" esercizio provvisorio si caratterizza quale istituto di diretta gestione transitoria dell'impresa, ad opera del curatore, in ragione di una migliore collocazione dei complessi produttivi sul mercato²⁰⁷. Rispetto a tale profilo, è stato rilevato un particolare *favor* per l'ottenimento di finanziamenti all'impresa nella fase del fallimento²⁰⁸, sicché la scelta tra affitto d'azienda ed esercizio provvisorio, prima primariamente adottata sulla migliore convenienza del primo, per la minore responsabilità derivante dalla gestione²⁰⁹, nella prospettiva ora accolta potrebbe essenzialmente essere rappresentata dal facilitato accesso al mercato creditizio, per la diretta responsabilità e controllo del curatore. Per un'utilizzazione alternativa e competitiva degli strumenti di gestione (anche temporanea) del curatore, senza un suo coinvolgimento diretto, quali soprattutto, ma non soltanto, l'affitto d'azienda, al fine di una sua più proficua collocazione sul mercato, occorre allora definire, sotto il

²⁰⁶ Così A. PATTI, *Affitto*, cit., 77 ss.

²⁰⁷ Ancora una volta si vedano E. STASI, *L'esercizio*, cit., 853; F. FIMMANÒ, *La gestione*, cit., 53.

²⁰⁸ Così il progetto congiunto dell'Università di Firenze, del Consiglio Nazionale dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili e di Assonime (*Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi*), 40.

²⁰⁹ In tale senso, ancora recentemente: A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1088.

profilo qui in esame, quali garanzie possano essere offerte in mancanza di titolarità della proprietà dell'azienda da parte dell'affittuario, ai terzi finanziatori²¹⁰.

Il ventaglio delle garanzie dell'affittuario, espressamente contemplato a favore del curatore, al fine di incrementare l'affidabilità, quale criterio alternativo della procedura di selezione del contraente e di assicurazione dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali e legali (art. 104-*bis*, secondo e terzo comma, l.fall.), va a ricomprendere anche il ricorso a nuova finanza per investimenti nel compendio aziendale, per il termine del rapporto concordato²¹¹.

Il momento relativo alla durata del rapporto contrattuale ha ripercussioni importanti, sia in relazione al reperimento di risorse per il piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, sia sulle garanzie: da ciò l'opportunità, da un lato, per la procedura fallimentare (che si avvantaggia dell'aumento di valore del compendio aziendale, nell'interesse dei creditori), dall'altro, per l'affittuario (che utilizza i finanziamenti esterni per l'attività d'impresa e trae beneficio dalla valorizzazione dell'azienda in un'ottica di sua possibile acquisizione), ma in definitiva anche per il terzo finanziatore (che ricava profitto dall'investimento del proprio capitale ed ha interesse alla sua restituzione alla scadenza del prestito, in tutta probabilità, non «a breve» termine), di concordare la durata dell'affitto per un periodo di tempo non eccessivamente ridotto²¹².

La nuova prospettiva relativa alla durata dell'affitto, parametrata a un tempo meno breve, è elemento sintomatico dell'abbandono di una concezione meramente conservativa, in vista di un recupero delle potenzialità soltanto future dell'azienda, nel momento della sua successiva collocazione a seguito della cessione in blocco, per l'approdo ad una nuova logica, per la quale l'affitto viene a essere considerato momento di effettiva valorizzazione dell'attività di impresa, mediante nuovi investimenti finanziati anche da terzi.

In quest'ottica, pure l'eventuale previsione in seno al contratto di un diritto di prelazione in favore dell'affittuario, che trovava giustificazione tradizionalmente (viste le potenzialità tendenzialmente depressive del prezzo di vendita, costituendo

²¹⁰ Si veda A. PATTI, *Affitto*, cit., 78 ss.

²¹¹ Si veda A. PATTI, *Affitto*, cit., 78 ss.

²¹² Si veda A. PATTI, *Affitto*, cit., 79 ss

un disincentivo alla partecipazione alla procedura competitiva da parte di eventuali interessati all'acquisto, e quindi risultando ostativa all'interesse dei creditori alla massima realizzazione dell'attivo fallimentare), nella sua rispondenza ad un'esigenza di "socializzazione" di una crisi di impresa²¹³, potrebbe essere vista oggi sotto un'ottica diversa.

Il diritto di prelazione convenzionale potrebbe risultare conforme all'istanza, come da espressa previsione nella Relazione ministeriale alla legge fallimentare²¹⁴, di sollecitazione dell'affittuario agli investimenti nel compendio aziendale, così incrementandone l'interesse sul mercato. Ma la prelazione convenzionale, se, da un lato, potrebbe costituire uno stimolo per l'affittuario a investire nell'azienda, dall'altro, va vista, nella prospettiva dell'affitto endofallimentare, come occasione acquisitiva di nuovi finanziamenti, in quanto l'azienda potrebbe fungere da garanzia per i creditori, nonostante detenuta a titolo di concessione in godimento: nel senso della sua funzionalità ad agevolare la concessione di credito all'affittuario, per investimenti nell'azienda.

I finanziamenti concessi da terzi verrebbero garantiti da aspettative di prossima acquisizione in proprietà del compendio aziendale, da parte dell'affittuario, in forza dell'esercizio del diritto di prelazione concessogli. Il diritto di prelazione si configura dunque alla stregua di garanzia *in progress* sull'azienda²¹⁵. Nella stessa ottica, è stata poi ipotizzata una costituzione dell'azienda in *trust*, "con sua segregazione patrimoniale temporanea, finalizzata al rimborso dei finanziamenti ottenuti, con i proventi dell'esercizio dell'attività", indirettamente gestita dal curatore, mediante disposizioni impartite ad un *trustee*²¹⁶. Si tratta però di ipotesi ulteriore che esula dal tema del presente studio.

²¹³ Si veda in particolare: E. BRAN, *La prelazione dell'affittuario nell'acquisto dell'azienda*, in *Fall*, 1999, 757

²¹⁴ In essa, infatti, l'ammissibilità della prelazione convenzionale "è stata ritenuta opportuna, proprio come mezzo per incentivare l'affittuario ad effettuare investimenti sull'azienda, onde rafforzarne il suo successivo interesse acquisitivo", così A. PATTI, *Affitto*, cit., 79.

²¹⁵ Si veda A. PATTI, *Affitto*, cit., 78 ss

²¹⁶ A. PATTI, *Affitto*, cit., 77 ss.

9 *Affitto d'azienda e altre procedure concorsuali. Cenni.*

Pur non rientrando nell'oggetto specifico del presente lavoro, non ci si può esimere dal fare cenni alla possibilità che l'istituto dell'affitto d'azienda venga in rilievo con riguardo a procedure concorsuali diverse dal fallimento. Esigenze di economia dell'opera non consentono di approfondire con la dovuta attenzione le problematiche connesse al tema, sia qui sufficiente dire che la disciplina sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (d.lgs. n. 270, 8 luglio 1999) prevede espressamente che il commissario straordinario proceda all'affitto d'azienda o di rami d'azienda, disponendo come necessaria in questo caso l'autorizzazione del Ministero dell'Industria e il parere (obbligatorio ma non vincolante) del comitato di sorveglianza (art. 42, co. 1, lett. a, l. 270/99)²¹⁷.

E' molto interessante notare come la dottrina prevalente nell'ambito dell'amministrazione straordinaria ammetta anche l'affitto d'azienda con redditività negativa (*bad-will*), e ciò facendo leva sul disposto dell'art. 63 l. 270/99, in tema di vendita d'azienda. Chiara è la preponderanza dell'istanza conservativa del compendio aziendale, rispetto ad altri interessi coinvolti nella procedura, a differenza di quanto avviene con riguardo all'affitto endofallimentare, là dove invece si ritiene incompatibile con la disciplina di cui all'art. 104-*bis* l. fall. l'affitto dell'azienda che presenti valore prospettico-reddituale negativo²¹⁸, perché in palese contrasto con l'interesse alla massimizzazione del ricavato dalla liquidazione del bene azienda per il soddisfacimento dei creditori.

Non è privo di utilità poi ricordare come l'art. 104-*bis* l. fall. nel disciplinare l'affitto endofallimentare e in particolare il procedimento di selezione del contraente ha attinto a piene mani dal disposto dell'art. 63, co. 3, l. 270/99, in tema di vendita d'azienda, che prevede che la scelta dell'acquirente sia effettuata tenendo conto, oltre che dell'ammontare del prezzo offerto, dell'affidabilità dell'offerente e del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali da questi presentato, anche con

²¹⁷ Si veda sul punto C. COSTA, *L' amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi in stato di crisi*, Torino, 2008, 195; G. ALESSI *L' amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000, 140.

²¹⁸ Così F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 447 ss.

riguardo alla garanzia di mantenimento dei livelli occupazionali. L'assonanza con la disciplina dell'affitto endofallimentare è evidente.

Un brevissimo riferimento merita senz'altro, poi, la questione dell'inquadramento dell'affitto d'azienda nell'ambito della procedura di concordato preventivo, con riguardo, in specie, al dibattito ancora lungi dal sopirsi, sul rapporto tra l'affitto e le disposizioni in materia di continuità aziendale di recente introduzione, nella consapevolezza, però, di non poter prendere compiutamente posizione.

Fin dall'emanazione del d.l. n. 83/2012, discussi sono stati i rapporti tra l'affitto d'azienda e la nuova disciplina della continuità aziendale in seno al concordato.

Com'è noto, la disposizione di cui all'art. 186-*bis* l. fall. non fa menzione alcuna dell'istituto di nostro interesse, a fronte dell'opinione precedente alla riforma del 2012, che riconduceva all'art. 160 l. fall. sia i "concordati di risanamento" che i "concordati con cessione dei beni"²¹⁹, nel cui ambito venivano inquadrati i concordati con previsione di misure di concessione in godimento dell'azienda dell'imprenditore in stato di crisi a un terzo affittuario.

Nell'attuale panorama normativo, va comunque ritenuto ammissibile, e riconducibile alla previsione di cui all'art. 160 l. fall., la previsione di un concordato con prosecuzione dell'attività d'impresa del debitore tramite concessione in affitto a un terzo, in funzione della futura cessione dell'azienda. Dubbi sono sorti, però, sulla riconducibilità di un piano di concordato, che si incardini in una prima fase sull'affitto d'azienda dell'imprenditore in crisi, nell'ambito di applicazione dell'art. 186-*bis* l. fall., o, meglio, sulla possibilità di usufruire della disciplina di favore prevista per il concordato con continuità ove siano rispettati i requisiti indicati dalla previsione di cui al 186-*bis*, co. 2. Tale normativa di favore, come è noto, va individuata nella possibilità di moratoria dei crediti privilegiati (art. 186-*bis*, co. 2, lett. c), nella prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione anche con la pubblica amministrazione (art. 186-*bis*, co. 3), nella facoltà di partecipazione a procedimenti di assegnazione di contratti pubblici (art. 186-*bis*, co. 4) nonché nella facoltà di

²¹⁹ Così M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it;

pagamento in deroga al principio della *par condicio* dei creditori cd. strategici (art. 182-quinquies, co. 4)²²⁰.

Alla luce di tali premesse, va in primo luogo esaminato il disposto dell'art. 186-*bis*, co. 1, che, nel prendere in considerazione un piano che “prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione”, introduce diverse fattispecie di continuità: diretta, da parte dello stesso debitore, e indiretta, con cessione ad un terzo, che possa essere anche una società.

Il nucleo comune ai tre momenti di continuità aziendale menzionati, potrebbe venir individuato nella finalizzazione delle risorse conseguite tramite la prosecuzione dell'attività d'impresa, al soddisfacimento dei creditori, che può trovare forme differenti a seconda della tipologia “pura” o “spuria” di continuazione dell'impresa²²¹. Nel caso di impresa gestita dal debitore, sul modello americano del *debtor-in-possessor*, che tanta parte ha nel *Chapter 11*, i creditori sono soddisfatti con gli utili conseguiti dall'impresa per la durata del piano; in caso di cessione d'azienda in esercizio, ai creditori è devoluto il ricavato della medesima, a pagamento immediato ovvero con modalità di soddisfacimento ripartite nel tempo; da ultimo, andrebbe poi considerata l'ipotesi, di conferimento d'azienda in continuità, ove ai creditori spetterebbe il ricavato della liquidazione della partecipazione nella società, o ancora l'assegnazione di quote della conferitaria o la partecipazione agli utili conseguiti dalla stessa in esercizio²²².

A fronte di tale quadro normativo alcune voci in dottrina hanno negato la riconducibilità all'istituto del concordato in continuità di una procedura concordataria che ricomprenda tra le misure volte a consentire la prosecuzione dell'impresa in crisi quella dell'affitto d'azienda.

²²⁰ E. BARCELLONA, *Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell'istituto?*, in *Atti del V Convegno di Orizzonti del Diritto Commerciale*, 7-9, in www.orizzontideldirittocommerciale.it.

²²¹ P. VELLA, *Il concordato in continuità aziendale*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, a cura di FERRO-BASTIA-NONNO, Assago, 2013, 180.

²²² Si vedano G.B. NARDECCHIA- R. RANALLI, sub *art. 186-bis*, *Concordato in continuità aziendale*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da F. LO CASCIO, Assago, 2013, 2286; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il “Decreto Sviluppo”*, in *Il civilista*, 2012, 58.

Da un lato, si è valorizzato il dato letterale dell'art. 186-*bis*, co. 1, assegnando un ruolo discriminante all'assenza di un'espressa previsione dell'affitto d'azienda tra le modalità di attuazione della continuità aziendale in ambito concordatario, dall'altro, si è dato rilievo come modalità di gestione comunque diretta dell'azienda, non solo alla continuazione dell'attività da parte del debitore, ma anche alle fattispecie di cessione e conferimento dell'azienda in esercizio²²³. Da ciò deriverebbe che “in tutti i casi in cui l'azienda passi nella disponibilità di un soggetto diverso dal proponente o, si potrebbe dire, dal momento in cui si realizza il passaggio di disponibilità, la normativa di cui all'art. 186-*bis* non possa trovare applicazione” e in particolare, che un piano incardinato sulla misura dell'affitto dell'azienda debba potersi considerare riconducibile al piano in continuità soltanto fino al subingresso dell'affittuario nella disponibilità dell'azienda²²⁴.

D'altra parte, si è invece attribuito rilievo decisivo all'elemento della distribuzione del rischio d'impresa, sostenendo che la disciplina di cui all'art. 186-*bis*, volta a regolamentare una figura di concordato di alea più elevata, in quanto caratterizzata dalla continuazione dell'attività d'impresa da parte del debitore e dall'imputazione al medesimo del relativo rischio, non sia applicabile al caso dell'affitto d'impresa ad un soggetto terzo, nel quale il rischio incombe sull'affittuario²²⁵.

Tutto ciò in considerazione anche delle previsioni di cui all'art. 186-*bis*, co. 2, lett. a), che prescrivono “un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura” e di cui all'art. 186-*bis*, co. 2, lett. b), difficilmente conciliabili con l'ipotesi dell'affitto d'azienda, nella quale il rischio derivante dall'assunzione di debiti prededucibili non andrebbe a gravare sull'imprenditore e dunque, conseguentemente, sui creditori, ma in capo ad un

²²³ Così M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, 21 gennaio 2013, 2.

²²⁴ Così M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche)*, cit., 2.

²²⁵ Cfr. D. GALLETI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto di azienda*, in www.ilfallimentarista.it, 3 ottobre 2012; D. FICO, *Domanda di concordato con riserva, affitto d'azienda e concordato in continuità*, in www.ilfallimentarista.it, 6 agosto 2013.

terzo²²⁶, quantomeno nell'ipotesi di un corrispettivo predeterminato in misura fissa²²⁷.

Secondo certa giurisprudenza di merito poi nel caso d'affitto d'azienda l'imprenditore rimarrebbe “quiescente”, limitandosi a conseguire i canoni d'affitto²²⁸, perdendo così la qualifica soggettiva necessaria per l'accesso alle procedure concorsuali. L'istaurarsi di una situazione statica di godimento dell'azienda, con attribuzione della qualità di imprenditore al solo affittuario, sarebbe ostativa all'accesso al concordato in continuità per il debitore.

Per altro orientamento, si ritiene che il collegamento necessario tra continuità aziendale e rischio di impresa in capo al debitore rappresenti il *quid* dell'istituto di cui all'art. 186-*bis* l. fall., e si ammette la compatibilità dell'affitto d'azienda con il concordato in continuità solamente nel caso in cui sul debitore incomba, comunque, una qualche forma di rischio²²⁹.

Quest'indirizzo parrebbe trovare conforto in alcune pronunce, le quali, distinguendo l'ipotesi di affitto d'azienda con canone predeterminato in misura fissa da quelle con canone variabile, hanno ritenuto che “solo laddove il canone non sia pattuito in misura fissa, ma parametrato sull'andamento dell'attività dell'affittuario, l'alea della gestione ricade indirettamente sul ceto creditorio, perciò dischiudendo la necessità che il piano e l'attestazione del professionista si conformino alla prescrizione dell'art. 186-*bis* l. fall., le quali in effetti — e a ben vedere — sono disposizioni non tanto di favore per la continuità proposta dal debitore (al quale impongono anzi ulteriori oneri), quanto di tutela del ceto creditorio dai rischi — indubbiamente maggiori — che essa comporta, sia per l'alea dei flussi economici in entrata (ben oltre la semplice riscossione del canone di affitto) sia per l'incremento delle passività in prededuzione (che invece non si generano nell'affitto d'azienda anche se a canone variabile”²³⁰).

²²⁶ Cfr. D. GALLETTI, *La strana vicenda*, cit., 2 ma anche, D. FICO, *Domanda*, cit., *passim*.

²²⁷ Cfr. Trib. Terni 12 febbraio 2013, in *Fallimento*, 2013, 1378; Trib. Terni 28 gennaio 2013, in *www.ilcaso.it*.

²²⁸ Così Trib. Patti 12 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*.

²²⁹ P. VELLA, cit., 182-183; F. CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art. 186 bis l. fall.*, in *Fallimento*, 2013, 1383-1384.

²³⁰ Cfr. Trib. Terni 2 aprile 2013, in *www.ilcaso.it*; nello stesso senso, Trib. Ravenna 29 ottobre 2013, in *www.ilcaso.it*.

Infine, per altra opinione l'affitto endofallimentare in vista della cessione in blocco andrebbe annoverato tra gli strumenti a disposizione del debitore che proponga domanda di concordato con continuità, riconducendo tale ipotesi alla “cessione dell'azienda in esercizio” prevista dall'art. 186-*bis* l. fall..

Si tratta di un'interpretazione che risente di un'impostazione di carattere oggettivo, piuttosto che soggettivo, sul tema della continuità, che sembrerebbe assurgere a *quid* caratterizzante la procedura²³¹.

Sembrerebbe però che, per l'ipotesi di affitto d'azienda orientato alla successiva cessione della medesima, la relazione del professionista attestatore debba tener conto dell'affittuario nell'indicazione dei costi e dei ricavi attesi, valutando la solvibilità di quest'ultimo, nell'ipotesi di affitto a canone fisso, la sostenibilità del piano per il medesimo affittuario in caso di affitto a canone variabile²³², non dovendosi riferire la relazione al solo debitore in crisi.

Invece, nel caso di affitto non prodromico alla vendita, ma fine a sé stesso, la compatibilità con l'art. 186-*bis* è dai più esclusa, in quanto non si rientrerebbe nella fattispecie di cui alla norma in esame²³³.

Problematico è poi il caso dell'affitto d'azienda seguito da retrocessione della medesima all'imprenditore, che rientri nella disponibilità del compendio con l'intento di proseguire l'attività di impresa. Sembrerebbe non potersi escludere tale caso dall'alveo applicativo della norma, dal momento che esso risulta pienamente ricompreso nella nozione di “prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore”²³⁴.

²³¹ A. PATTI, *Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità*, in *Fallimento*, 2014, 193.

²³² G. COVINO- L. JEANTET, *Il concordato con continuità aziendale: compatibilità con l'affitto d'azienda e durata poliennale del piano*, in *www.ilfallimentarista.it*, 14 novembre 2013.

²³³ Ritengono rientri nell'ambito di applicazione del concordato con continuità il solo affitto preordinato alla cessione dell'azienda, in dottrina, S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *www.ilcaso.it*, 6; A. PATTI, *Il contratto*, cit., 196-197; A. MAFFEI ALBERTI, sub art. 186 bis, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2013, 1328; in giurisprudenza, Trib. Benevento, 27 marzo 2013; Trib. Mantova 19 settembre 2013; Trib. Cuneo, 29 ottobre 2013, tutte in *www.ilcaso.it*.

²³⁴ M. FABIANI- R. NARDECCHIA, sub art. 186-bis, *Concordato con continuità aziendale*, in *Legge fallimentare. Formulario commentato*, Assago, 2014, 2523.

Diverse, invece, e non ci si può soffermare sul punto, sono le problematiche in merito alla sorte del contratto d'affitto d'azienda concluso non successivamente, bensì anteriormente alla presentazione della domanda di concordato.

CAPITOLO II

Il momento contrattuale dell'affitto endofallimentare

SOMMARIO: 1 Il momento contrattuale dell'affitto d'azienda endofallimentare: autonomia negoziale e limiti pubblicistici.- 2 Il contratto endofallimentare e quello preesistente al fallimento, analogie e differenze di ratio e disciplina del rapporto.- 3 L'affitto endofallimentare stipulato prima della redazione del programma di liquidazione e quello disposto come misura del programma; interrogativi circa la possibilità di una differente disciplina. 4 Aspetti procedurali in ordine alla decisione dell'affitto: il contenuto minimo della proposta del curatore.- 4.1 La decisione in ordine all'affitto come atto del curatore o del giudice delegato. Problemi in ordine ai rimedi impugnatori avverso la decisione.- 4.2 Il parere del comitato dei creditori prima dell'approvazione del programma di liquidazione o sul programma. Il rilievo dell'interesse dei creditori.- 4.2.1. (segue): questioni in merito alla mancata costituzione del comitato dei creditori: possibilità di sostituzione da parte del giudice delegato ex art. 41 l. fall.. Ammissibilità.- 5 Il procedimento di selezione del contraente: i criteri che il curatore dovrà seguire per la scelta dell'affittuario- 5.1 Il criterio dell'ammontare del canone offerto: la convenienza economica dell'operazione in termini di incremento della massa attiva come parametro per la procedura competitiva di scelta dell'affittuario- 5.2 Il criterio delle garanzie prestate, ratio della previsione in rapporto ai diversi interessi coinvolti nell'operazione.- 5.3 Il piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali; necessaria presentazione in sede di offerta, struttura e valutazione.- 5.4 Il rilievo del criterio della tutela occupazionale, lo spazio riservato agli interessi dei lavoratori alla conservazione del rapporto di lavoro nell'ambito dell'affitto endofallimentare. Rilievo sistematico della previsione.- 6 La necessità di una gara per la selezione del terzo contraente: il rinvio alle modalità di cui all'art. 107 l. fall. Le forme di pubblicità. La stima.- 7 La stipulazione del contratto: questioni in merito alla forma.- 8 Il contenuto tipico del contratto d'affitto; le ragioni che hanno spinto il legislatore a comprimere l'autonomia negoziale per prevedere clausole legali; inderogabilità delle clausole tipiche; conseguenze sul piano della validità del contratto in caso di mancata previsione delle clausole tipiche.- 8.1 Il diritto del curatore di procedere alla ispezione dell'azienda come clausola contrattuale; finalizzazione dell'ispezione al solo eventuale esercizio del diritto di recesso o possibilità di interventi correttivi sulla gestione dell'azienda da parte degli organi della procedura.- 8.2 La prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge.- 8.2.1 (segue) conseguenze in caso di mancata prestazione delle garanzie promesse.- 8.3 Il diritto di recesso del curatore dal contratto; procedimento; natura del diritto di recesso; condizioni.- 8.3.1 (segue) il giusto indennizzo da corrispondere in caso di recesso del curatore, natura e quantificazione. 9 Possibili esempi di clausole atipiche; compatibilità e incompatibilità di determinate clausole con la disciplina legale.- 10 La durata del rapporto contrattuale; il riferimento alla compatibilità con le esigenze della liquidazione dei "beni".- 11 Effetti del contratto: la sorte dei rapporti pendenti al momento della disposizione dell'affitto.- 12 Effetti del contratto: la sorte dei crediti e debiti aziendali. 12.1 (segue) le clausole di accollo dei debiti e la disciplina di cui all'art. 105, ult. comma l. fall.: applicabilità anche al caso dell'affitto?

1 Il momento contrattuale dell'affitto d'azienda endofallimentare: autonomia negoziale e limiti pubblicistici.

L'affitto endofallimentare si inserisce nel quadro della fase liquidatoria, come strumento gestionale dell'impresa del fallito, in una mutata concezione sia in ordine alla nozione di "beni" da liquidare, sia all'idea stessa di *liquidazione*¹.

Come visto, si è assistito, nella disciplina della liquidazione, all'abbandono delle forme superate dell'espropriazione mobiliare e immobiliare, in favore di snelle ed autonome procedure competitive, e ad un diverso approccio verso gli elementi della massa attiva, più incline a considerarne la dimensione dinamica e complessiva, evidente nella logica delle cessioni in blocco².

Tutto ciò ha portato all'affermarsi di innovative tecniche, in una dimensione privatistica nelle modalità di liquidazione, nel senso di un accesso a forme di cessione tipicamente privatistiche da parte degli organi della procedura.

L'evoluzione del disegno legislativo, però, non deve far cadere nella tentazione di integrali equiparazioni con le forme negoziali, espressione dell'autonomia privata, sottovalutando il momento "concorsuale" della procedura³.

Il contratto d'affitto d'azienda è uno degli strumenti negoziali, una delle tecniche "privatistiche", a disposizione della procedura per far fronte all'esigenza gestionale, come visto, avvertita nella fase liquidatoria, consistente nella prosecuzione dell'attività di impresa del fallito.

La continuazione dell'impresa si consegue mediante stipulazione di un contratto d'affitto, con cui si concede in godimento l'azienda del fallito a un terzo affittuario.

Nel contratto d'affitto endofallimentare coesistono dunque due "momenti": quello "contrattuale"⁴, come negozio a prestazioni corrispettive, attributivo di diritti e

¹ Il primo a far notare tale dicotomia è stato M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.

² Si vedano M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.; G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1663.

³ Si veda G. TERRANOVA, *Conflitti*, cit., 180 e in part. nt. 22, in cui si dice che "l'apparente omogeneità delle forme rispetto alle normali operazioni di mercato, non ha eliminato le differenze di disciplina: una vendita coattiva è pur sempre una vendita coattiva, anche se il contratto è stato concluso a trattativa privata". Allo stesso modo G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1662; M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss. Ancora valido poi il rinvio a S. PUGLIATTI, *Esecuzione*, cit., passim.

obblighi in capo ad entrambe le parti, traslativo di un diritto personale di godimento sull'azienda, e quello "concorsuale", come strumento a disposizione degli organi della procedura per far fronte a esigenze gestionali nella fase liquidatoria, funzionale al soddisfacimento dei creditori concorsuali.

Il verificarsi della vicenda circolatoria nell'ambito della procedura di fallimento può avere un'incidenza sulla natura dell'istituto, ma non fa venir meno l'inquadramento in termini di fenomeno negoziale traslativo avente ad oggetto la *res* azienda.

Il fatto che l'azienda venga concessa in godimento all'affittuario nell'ambito di una procedura concorsuale non compromette né la natura giuridica del complesso aziendale, né la qualificazione del contratto, con le conseguenti ricadute in termini di normativa applicabile: in ragione del momento "contrattuale" si applicheranno, nella misura in cui compatibili con la disciplina specifica, all'affitto disposto dagli organi della procedura, le norme generali in materia di affitto *ex art. 1615 e ss. c.c.* e quelle in materia di affitto d'azienda, *ex art. 2562 c.c.*, che, come noto, rinvia alla disciplina dell'usufrutto d'azienda, *ex art. 2561 c.c.*

Nello stesso tempo, però il momento "concorsuale" può comprimere l'autonomia privata delle parti.

Ciò già nel momento della decisione sul se contrarre o meno, con l'individuazione di funzioni precipue e di un articolato procedimento autorizzatorio per poter pervenire alla disposizione dell'affitto, sia nel caso di sua previsione in seno al programma di liquidazione, sia nel caso di disposizione in una fase precedente.

Poi, nel momento della selezione del contraente, sia in riferimento alle regole procedimentali che il curatore dovrà seguire, sia riguardo ai criteri che orienteranno la scelta dell'affittuario.

Ancora, nel momento della concreta configurazione del contenuto del contratto, imponendosi un contenuto minimo obbligatorio, e limitandosi l'autonomia negoziale in relazione al possibile contenuto atipico del regolamento contrattuale.

⁴ Sul tema della rilevanza contrattuale dei negozi stipulati dalla curatela, con particolare riferimento alla vendita fallimentare, si veda, S. SATTÀ, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1966, 294, che afferma che "l'amministrazione fallimentare [...] rende la vendita del curatore molto più vicina alla volontaria e consente forme contrattuali (largamente usate nella pratica) che la vendita forzata non conosce". Riconosce sempre natura contrattuale alle vendite forzate, A. DE MARTINI, *Profilo contrattuale della "vendita forzata" nell'esecuzione singolare e fallimentare*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, III, 189 ss.

Da ultimo, in relazione al piano degli effetti del contratto.

Di tale interazione tra momento contrattuale e concorsuale, tra autonomia privata e limiti pubblicistici, ci si occuperà nel proseguo dello studio.

2 Il contratto endofallimentare e quello preesistente al fallimento, analogie e differenze di ratio e disciplina del rapporto.

La sopravvivenza del nucleo contrattuale, sia pur nell’ambito della procedura liquidatoria, e delle prescrizioni legislative, limitative dell’autonomia privata delle parti rispetto a decisione di contrarre, forma, contenuto ed effetti del contratto d’affitto, che diviene strumento endoconcorsuale, apre a dubbi circa i rapporti tra l’affitto endofallimentare *ex art. 104-bis l.fall.* e l’affitto d’azienda eventualmente stipulato dall’imprenditore prima della dichiarazione di fallimento.

Novità della riforma, infatti, è stata l’introduzione, accanto alla disciplina dell’affitto nel fallimento dell’azienda del fallito, anche di una previsione espressa, nell’ambito della normativa relativa alla sorte dei contratti pendenti al momento dell’apertura della procedura, dell’affitto pregresso dell’azienda del debitore. L’art. 79 l. fall. (come modificato dal decreto correttivo del 2007, che è intervenuto sulla numerazione della disposizione in esame, rispetto all’originaria collocazione all’art. 80-*bis*, pur rimanendo invariato il testo della norma) prevede oggi la prosecuzione automatica del contratto, con il subentro del curatore nella posizione del concedente, salvo il diritto di recesso esercitabile sia dalla curatela che, singolarmente, dall’affittuario⁵. Esula dagli scopi del presente studio una trattazione esaustiva delle

⁵ Interessante il riferimento all’ordinamento tedesco, dove non è prevista una norma analoga a quella di cui all’art. 79 l. fall., che disciplina, sia pur in maniera lacunosa, la sorte del contratto d’affitto d’azienda preesistente alla dichiarazione di fallimento.

Nel difetto di una disposizione apposita, l’interprete tedesco si è trovato dunque di fronte al compito di individuare l’alveo opportuno dell’istituto dell’*Unternehmenspacht* preesistente all’apertura della procedura di insolvenza, una volta accettata l’ammissibilità. Si è così indagato il sistema delle norme in materia di rapporti giuridici pendenti al momento dell’apertura della procedura di insolvenza, onde verificare se le disposizioni precipe dettate dal legislatore dell’*InsO* per il *Pachtvertrag* siano applicabili anche a quel particolare tipo di contratto d’affitto, l’*Unternehmenspacht*, caratterizzato per la peculiarità di avere ad oggetto l’azienda nel suo complesso.

Dalla natura, incerta e non immediatamente inquadrabile tra categorie predeterminate di oggetti giuridici, dell’*Unternehmen* (che in diritto tedesco non è inquadrabile come *Sache*) derivano peculiari conseguenze in materia di disciplina applicabile all’*Unternehmenspacht* già stipulato al momento dell’apertura della procedura.

problematiche che solleva la norma in parola⁶; occorre però soffermarsi sui rapporti tra le due fattispecie contrattuali, per evidenziare analogie e differenze di *ratio* nella disciplina del rapporto contrattuale.

Le disposizioni dell'*InsO* in materia di contratto d'affitto distinguono le fattispecie a seconda che il rapporto contrattuale abbia ad oggetto o no beni immobili. Difficile è dunque stabilire se ed in che limiti tali norme risultino applicabili all'*Unternehmenspacht*. La diatriba ancora attuale nell'ordinamento tedesco presenta dei profili simili al dibattito articolatosi in seno all'ordinamento italiano prima della riforma della legge fallimentare e dell'introduzione della norma di cui all'art. 79 l. fall. già segnalata, circa la disciplina applicabile all'affitto d'azienda pendente al momento della dichiarazione di fallimento. Sia per la posizione del concedente che del conduttore fallito si era ipotizzata l'applicabilità della disciplina delle locazioni immobiliari di cui all'art. 80, commi 1 e 2 l. fall. (si veda per una ricostruzione di queste opinioni, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 331; A. JORIO, *La crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2000, 546; L. GUGLIEMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, sub art. 80, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di F. BRICOLA, G. SANTINI, F. GALGANO, Bologna-Roma, 1979, 363, per ult. rif. F. VESSIA, *Gli effetti del fallimento sul contratto di affitto d'azienda pendente*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2009, I, 984, in giurisprudenza Cass. 28 aprile 1993, n. 5012, in *Fall.*, 1993, 1123, per il caso di fallimento del locatore, G. G. RUISI, A. MAFFEI ALBERTI, A. JORIO, G. U. TEDESCHI, *Il fallimento*, in *Giur. sist., dir. civ. e comm.*, diretta da W. BIGIARI, II, Torino, 1978, 724 ss. per il fallimento dell'affittuario) a fronte dell'opinione che al contrario riteneva più plausibile l'applicazione della disciplina della vendita non ancora eseguita nel caso di fallimento del locatore (cfr. A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., 428 ss., P. LICCARDO, *Fallimento e metodologia di acquisizione dell'azienda affittata*, in *Fall.*, 1997, 667 ss.) o la disciplina dell'appalto ex art. 81 l. fall. nel caso di fallimento dell'affittuario (A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., 429; A. JORIO, *La crisi d'impresa. Il fallimento*, cit. 547). Le disposizioni generali in materia di contratti pendenti all'apertura della procedura di insolvenza possono applicarsi all'*Unternehmenspacht* preesistente alla dichiarazione di fallimento?

I dubbi sorgono come visto in relazione specificamente alle disposizioni di cui ai § 108 ss. *InsO*, che disciplinano la sorte dei contratti di locazione e affitto di beni immobili anteriori all'apertura della procedura di insolvenza (H.G. ECKERT, § 108, in H. P. KIRCHHOF, H. J. LWOWSKI, R. STÜRNER, *MünchKommInsO*, vol. II, 3 ed., 2013., Rdn. 44, 570; A. TINTELNOT, § 108 *InsO*, in B.M. KÜBLER, H. PRÜTTING, R. BORK, *InsO Kommentar zur Insolvenzordnung*, II, Köln, 2014, Rdn.13, 12). La natura dell'*Unternehmen* oggetto del contratto d'affitto gioca qui un ruolo decisivo, così come la natura dell'attività di impresa svolta dal *Pächter* avvalendosi dell'azienda: la predominanza dell'elemento immobiliare al fine dell'esercizio dell'attività del *Pächter* consentirebbe di applicare all'*Unternehmenspacht* pendente al momento dell'apertura dell'*Insolvenzverfahren* la normativa in materia di affitto di immobili. Al contrario, laddove l'azienda rilevi nella sua complessità e molteplicità, come entità variegata e non univocamente definibile a livello oggettuale, e sol in tal dimensione consenta l'attività di impresa da parte del *Pächter*, allora l'angusta normativa sull'affitto di immobili del debitore non potrà trovare spazio per regolare l'affitto d'azienda (COSÌ H.G. ECKERT, § 108, cit., Rdn. 44, 570; A. TINTELNOT, § 108 *InsO*, cit., Rdn.13, 12).

⁶ Sul tema R. ROSSI, *L'affitto di azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2010, 370 e ss.; F. FIMMANÒ, *Gli effetti del fallimento sull'affitto di azienda preesistente*, in *Contratti in esecuzione e fallimento. La disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale*, a cura di F. DI MARZIO, Milano, 2007, 228 ss.; A. GIOVETTI, *Art. 80 bis. Contratto di affitto di azienda*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2006, I, 1289 ss.; A. GENOVESE, *Effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. Prime considerazioni sulle novità della riforma*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 1137; F. DIMUNDO, *La sorte dei contratti pendenti. Contratti che continuano salva diversa decisione del curatore*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, Padova, 2007, 259 ss.

L’affitto endofallimentare dell’azienda, come visto, si inquadra nel panorama delle tecniche di gestione provvisoria dell’impresa del fallito, rientrando a pieno titolo tra gli istituti che caratterizzano la fase liquidatoria, nella rinnovata concezione che la descrive come necessariamente integrata da uno stadio di amministrazione dei beni, che coincide con la prosecuzione dell’impresa per quel peculiare bene che è costituito dall’azienda del debitore. La decisione di procedere all’affitto a seguito dell’apertura del fallimento compete agli organi della procedura, e risponderà all’interesse alla massimizzazione del ricavato dalla futura cessione in blocco dell’azienda, o comunque sarà funzionale al maggior soddisfacimento dei creditori. Diversa è invece la considerazione nel sistema della legge fallimentare dell’affitto pregresso alla dichiarazione di fallimento; qui, la decisione dell’affitto è adottata dall’imprenditore, che sia *in bonis* o in stato di crisi, e la sussistenza del rapporto contrattuale rappresenta un vincolo per gli organi della procedura, nelle scelte gestionali sull’azienda del fallito. Il possibile utilizzo elusivo dello strumento dell’affitto, si pensi al caso di contratto stipulato al fine di evitare lo spossessamento a seguito della dichiarazione di fallimento, e dunque il passaggio alla gestione della curatela del compendio aziendale, là dove l’imprenditore, poi dichiarato fallito, avesse già sentore della vicina insolvenza, aveva nel vigore del testo pre-riforma portato a soluzione rigide rispetto alla possibile prosecuzione del contratto con subentro della curatela nella posizione dell’affittante⁷.

La nuova considerazione dell’istituto come fisiologico, a seguito della riforma⁸, dovrebbe aver notevolmente ridotto gli spazi per tale impostazione discriminatoria, imponendosi una ponderazione dei termini dell’eventuale contratto di affitto pendente alla data della dichiarazione di fallimento caso per caso, alla luce del collegamento

⁷ Sul punto G. SCHIANO DI PEPE, *La circolazione dell’azienda in un contesto di procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2009, 6, 813. Cfr., altresì, L. D’ORAZIO, *Il nuovo diritto fallimentare*, Roma, 2007, 226. Sulle possibili configurazioni di un utilizzo effettivamente strumentale del contratto in esame, v. L. GUALANDI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, 261; nonché F. FIMMANÒ, *La crisi delle società di calcio e l’azienda sportiva*, in *Dir. fall.*, I, 2006, 30. Ma si vedano anche le ricostruzioni di F. FIMMANÒ, *Gli effetti*, cit., 226 ss.; di F. DIMUNDO, *La sorte*, cit., 259 ss.

⁸ Così, M. FABBRINI, *Note sopra una ipotesi di bancarotta fraudolenta per distrazione di beni dovuta ad affitto di azienda precedente al fallimento*, nota a Tribunale Siena, 2 luglio 2004, in *Dir. Fall.*, 2006, II, 220; parlano di «benedizione normativa» M.C. GIORGETTI-F. CLEMENTE, *La legge fallimentare commentata. Linee interpretative e profili operativi dopo gli interventi di riforma*, Milano, 2008, 239. Fa riferimento a una “normalizzazione” positiva dell’istituto R. ROSSI, *L’affitto*, cit., 374.

funzionale tra il suo reale contenuto, le effettive condizioni economico – patrimoniali del complesso aziendale e le prospettive della auspicata liquidazione in blocco⁹.

La giustificazione della normativa in materia di affitto preesistente alla dichiarazione di fallimento sembra da ricercare nella rinnovata visione dell'affitto come strumento fisiologico di gestione dell'azienda: il bene azienda può essere organizzato e destinato all'esercizio dell'attività di impresa, o è possibile che l'imprenditore decida legittimamente di concedere l'azienda a un terzo, il quale assumerà la titolarità dell'impresa, instaurando una situazione statica di godimento dell'azienda per il concedente.

L'anelito alla conservazione dell'impresa nel corso della procedura, per valorizzare il complesso aziendale ai fini dell'ottenimento di un maggior ricavato dalla sua liquidazione in blocco, se può orientare in concreto la scelta del curatore per il mantenimento del rapporto d'affitto pregresso, non sembra assurgere, come per l'affitto endofallimentare, a *ratio* tipica dell'istituto, da rintracciarsi piuttosto in un'ottica di nuova fiducia del legislatore per le scelte gestionali dell'imprenditore *in bonis*, oltre che in esigenze di tutela dell'affittuario, e in ragioni relative al possibile utilizzo del contratto da parte dell'imprenditore *in bonis* come intervento di ristrutturazione orientato a superare uno stato di crisi, avuto esito negativo.

A ben vedere però le innegabili affinità funzionali che emergono, soprattutto nell'economia della procedura riguardante il dissesto di colui che ha affittato l'azienda ovvero un ramo di essa, tra l'affitto endofallimentare e quello risalente ad una determinazione dell'imprenditore *in bonis*, ha portato a ipotizzare possibili sovrapposizioni di disciplina.

Guardando all'affitto pregresso, si è ipotizzata¹⁰, con impostazione che suscita non pochi dubbi, la sottoposizione della scelta del curatore, per il recesso o la continuazione, al regime autorizzatorio previsto per la decisione dell'affitto endofallimentare¹¹; così come si è ritenuto, con soluzione anche in questo caso

⁹ Così R. ROSSI, *L'affitto*, cit., 375. In giurisprudenza, per le possibili implicazioni penali in relazione a fatti di bancarotta integrati dalla stipulazione di un contratto di affitto d'azienda: Cassazione pen., Sez. V, 6 dicembre 1993, n. 11207; Cassazione pen., 4 aprile 2003, n. 24231; Tribunale Siena, 2 luglio 2004, in *Dir. fall.*, 2006, II, 218; Cassazione pen., sez. V, 24 maggio 2006, con nota adesiva di C. BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2007, 421 ss.

¹⁰ Si veda A. GIOVETTI, *Art. 80-bis*, cit., 1292 ss.; F. FIMMANÒ, *Gli effetti*, cit., 229 ss.

¹¹ Per critiche infatti R. ROSSI, *L'affitto*, cit., 379 ss.

discutibile¹², di poter mutuare dalla disciplina dell'affitto a seguito della dichiarazione di fallimento i parametri di valutazione che dovrebbero orientare le scelte della curatela sull'esercizio del diritto di recesso ed i criteri per la determinazione dell'equo indennizzo, così come tutele, garanzie, controlli e oneri espressamente sanciti dalla legge per l'affitto stipulato su iniziativa degli organi della procedura¹³.

Dal lato, invece, dell'affitto endofallimentare, va valutato l'impatto che possa avere la sussistenza di un vincolo contrattuale pregresso rispetto alla possibile disposizione dell'affitto endofallimentare da parte degli organi della procedura. Il fatto cioè che l'imprenditore fallito, prima dell'apertura della procedura, avesse stipulato un contratto d'affitto d'azienda, pendente al momento delle scelte da parte della curatela sulle modalità di conservazione e liquidazione del complesso aziendale, incide, e fino a che punto, sugli spazi di discrezionalità lasciati in ordine alla decisione dell'affitto endofallimentare agli organi della procedura?

L'esistenza di un affitto anteriore non può che interferire sulle decisioni della curatela. In primo luogo, determina un aggravamento dell'obbligo motivazionale, in seno al programma di liquidazione o della diversa istanza presentata prima della predisposizione del programma *ex art. 104-bis*, in ordine alle ragioni che spingano la curatela a optare per il recesso dall'affitto pregresso e alla disposizione di un successivo affitto endofallimentare. Sarebbe necessario che il curatore si soffermi sulle ragioni economiche che giustifichino la scelta di optare per la soluzione dell'affitto endofallimentare piuttosto che per la prosecuzione del rapporto pregresso.

Le ragioni a sostegno di un'eventuale opzione nell'una o nell'altra direzione da parte del curatore sono presto enunciate: si potrebbero tenere in conto valutazioni di ordine economico, motivazioni in ordine all'affidabilità del rapporto pregresso, e dell'affittuario in particolare, o da ultimo considerazioni relative alla convenienza delle offerte attese, là dove si opti per recesso da rapporto pregresso e successiva disposizione di un nuovo affitto, rispetto agli ulteriori criteri di selezione del contraente *ex art. 104-bis l. fall.*, quali il piano industriale e le garanzie offerte, e dunque la rispondenza dell'operazione endofallimentare a interessi ulteriori come quello alla conservazione dell'azienda. Le prime potrebbero riferirsi ad esempio al confronto tra canone pattuito nel contratto esistente e canone atteso nella prospettiva della stipulazione di un nuovo

¹² Ancora critico R. ROSSI, *L'affitto*, cit., 380 ss.

¹³ Per tutte queste problematiche R. ROSSI, *L'affitto*, cit., 371 ss.

contratto d'affitto, o ancora al "peso" del debito prededucibile per l'indennizzo da recesso dal rapporto preesistente. Riguardo alle ultime, invece, sembrerebbe aprirsi una nuova via esegetica riguardo ai criteri legali di selezione dell'affittuario endofallimentare, *ex art. 104-bis*, co. 2, l. fall., che potrebbero assurgere a parametri di valutazione anche per l'eventuale prosecuzione del rapporto con il concessionario scelto dal debitore prima del fallimento.

Si è suggerito che, là dove il curatore opti per il recesso dall'affitto pregresso e la proposta di un nuovo affitto endofallimentare, per ampliare le risultanze su cui basare le proprie scelte, la curatela proceda a indagini preliminari su potenziali interessati all'affitto, pur non dovendosi integrare già vere e proprie procedure competitive come quelle indicate per la selezione dell'affittuario *ex art. 104-bis* o per l'individuazione dell'acquirente dell'azienda in sede di vendita fallimentare *ex art. 107 l. fall.*¹⁴. Mi sembra però che, se si consideri come vero e proprio obbligo per la curatela, la soluzione aggravi eccessivamente il procedimento, anche in ragione dei tempi ristretti per il recesso *ex art. 79 l. fall.*, senza contare l'effetto disincentivante alla partecipazione da parte di potenziali offerenti, vista la non vincolatività della procedura, che potrebbe risultare poi inutile, se il curatore scelga la prosecuzione del rapporto preesistente.

Diverse sono invece le valutazioni che vengono in rilievo nel caso in cui il curatore opti per la prosecuzione nel rapporto d'affitto pendente, e successivamente si abbia retrocessione dell'azienda alla procedura. A parte le problematiche relative alla possibilità di applicare la disciplina di cui all'*art. 104-bis*, co. 6, sulla circolazione di ritorno dell'azienda anche al caso di terminazione del rapporto d'affitto non stipulato dagli organi della procedura ma preesistente al fallimento, forti dubbi suscita la possibile successiva decisione del curatore di procedere a un nuovo affitto, eventualmente non previsto nel programma di liquidazione già presentato. Qui l'opportunità della stipulazione di un nuovo contratto va rapportata in concreto alle problematiche inerenti alla "durata" del rapporto, e alla sua necessaria compatibilità con le "esigenze" della liquidazione¹⁵.

Di grande interesse poi la questione della possibile attribuzione all'affittuario preesistente di un diritto di prelazione sull'azienda, in applicazione analogica del disposto di cui all'*art. 104-bis l. fall.*

¹⁴ In questo senso A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 171.

¹⁵ Così A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 172.

Va subito precisato che il riferimento è al diritto di prelazione convenzionale e non alla prelazione legale prevista dall'art. 3 l. 223/91, là dove l'azienda superi i parametri dimensionali per l'accesso al trattamento di integrazione salariale straordinaria. Come già ricordato, tale previsione si giustificava come incentivo per l'affitto di aziende che presentavano una particolare rilevanza per dimensioni e numero di occupati, la cui cessazione e smembramento con la liquidazione fallimentare avrebbe determinato gravissime conseguenze sul piano sociale. Con l'obiettivo di sostenere i livelli occupazionali, il legislatore ha inteso creare un *favor* "strumentale" nei confronti dell'imprenditore che abbia assunto la gestione, anche parziale, di aziende di rilevanza "sociale" già assoggettate a procedure concorsuali di carattere liquidatorio. E proprio la *ratio* "premiata" della disposizione di cui alla l. 223/91, oltre che il dato letterale e la collocazione sistematica del co. 4 dell'art. 104-bis, rende preferibile propendere per l'applicazione della norma al caso di affitto disposto a seguito della dichiarazione di fallimento e non al caso di affitto preesistente¹⁶.

Discorso diverso andrebbe fatto, invece, per l'ipotesi di un riconoscimento del diritto di prelazione convenzionale all'affittuario preesistente. E' vero che nell'impostazione legislativa il diritto di prelazione convenzionale rappresenta strumento inserito in una complessa struttura negoziale, rispondente a istanze da valutare in relazione alla decisione a monte di procedere all'affitto adottata dalla procedura, il cui riconoscimento dovrebbe costituire esito di un bilanciamento di interessi ed esigenze contrapposte, visti i possibili effetti pregiudizievoli per la massima realizzazione dell'attivo e per la valorizzazione del compendio aziendale che il riconoscimento di una prelazione sull'azienda all'affittuario potrebbe avere¹⁷.

D'altro canto però un'impostazione rigida che neghi in linea di principio la possibilità che la curatela valuti nel caso concreto, nella programmazione della liquidazione, una volta optato per la prosecuzione del rapporto d'affitto preesistente, l'attribuzione all'affittuario "ereditato" di un diritto di prelazione sembra non giustificabile sulla scorta delle argomentazioni sopra esposte. Non si vede perché, in assenza di un esplicito ostacolo normativo, e superata ormai la

¹⁶ Così Trib. Siena, 7 ottobre 2001, cit., 511; nello stesso senso, S. MARCHETTI, in nota a Trib. Monza, 29 aprile 1992, cit., 190, nonché U. APICE, *Le procedure*, cit., 201; ID., *Modi*, cit., 612, F. SEVERINI, *Il diritto*, cit., 229. Ma si veda *contra* D. DI GRAVIO, *Il diritto*, cit., 203 e ID., *La situazione*, cit., 615.

¹⁷ A. GALLONE-M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 172.

diffidenza verso lo strumento della prelazione nelle procedure concorsuali, ritenuto compatibile con sistemi di esecuzione e vendita coattiva, si debba negare la possibilità al curatore di attribuire un diritto di prelazione sull'azienda tramite modifica concordata del contratto preesistente stipulato dal debitore, o tramite la stipulazione di un contratto autonomo avente ad oggetto la sola concessione del diritto di preferenza¹⁸. E ciò vista la possibile rispondenza all'interesse della procedura, alla valorizzazione del compendio aziendale, della prelazione convenzionale, che potrebbe divenire incentivo a investire nell'azienda da parte dell'affittuario o strumento, come visto, per attrarre finanziamenti esterni¹⁹.

Ancora diversa, sia pur offrendo spunti di riflessione limitrofi, è la questione dell'efficacia nei confronti della procedura della clausola di prelazione che fosse già riconosciuta all'affittuario "ereditato" sulla base del contratto d'affitto preesistente, nel caso in cui il curatore abbia deciso per la prosecuzione del rapporto. Non è possibile per esigenze di economia del presente lavoro prendere posizione sul punto: ci si limiterà a ricordare che la dottrina oscilla tra chi ritiene che il mancato esercizio del recesso implichi l'osservanza integrale della disciplina contrattuale, e quindi anche il riconoscimento di un eventuale diritto di prelazione convenuto a favore dell'affittuario²⁰; e chi invece, prendendo le mosse dall'art. 104-*bis*, co. 5, l.fall., rileva che la concessione del diritto di prelazione sia possibile solo in sede di stipulazione del contratto di affitto in corso di procedura²¹.

3 L'affitto endofallimentare stipulato prima della redazione del programma di liquidazione e quello disposto come misura del programma; interrogativi circa la possibilità di una differente disciplina.

L'affitto endofallimentare va inquadrato, come visto, tra le tecniche di gestione provvisoria dell'impresa del fallito, inserito nell'ambito di una rinnovata concezione della fase liquidatoria sia sul piano concettuale in sé che sul piano dei beni componenti la massa attiva fallimentare. La liquidazione si considera ormai come necessariamente

¹⁸ Sul punto si veda F. FIMMANÒ, *Gli effetti*, cit., 228 ss.

¹⁹ Si veda A. PATTI, *Affitto*, cit., 77 e ss.

²⁰ Così L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2013, 72; R. ROSSI, *L'affitto*, cit., 394.

²¹ F. FIMMANÒ, *Gli effetti*, cit., 244 ss.

integrante uno stadio di amministrazione dei beni oggetto della massa; amministrazione che nel caso di un bene funzionalmente destinato all’esercizio dell’impresa come l’azienda non può che consistere nella prosecuzione dell’attività economica del fallito. La fase liquidatoria della procedura fallimentare cessa cioè di essere vista come procedimento disarticolato di dismissione atomistica dei beni, in una prospettiva attendista e legata alla casualità delle opportunità di vendita, per divenire momento “pensato”, “programmato”, oggetto di pianificazione da parte degli organi della procedura.

E’ questa la *ratio* sottesa all’introduzione anche nel nostro ordinamento, sulla scorta di esperienze estere, come quella americana e tedesca, del programma di liquidazione *ex art. 104-ter*. E come strumento a disposizione della procedura nella fase liquidatoria, l’affitto endofallimentare trova spazio come possibile misura prevista nel programma di liquidazione, non a caso menzionato insieme, vista l’omogeneità di funzioni, all’esercizio provvisorio dell’impresa nel fallimento.

Tale impostazione presenta indubbe analogie rispetto al modello tedesco, dove tra le previsioni dell’*Insolvenzplan*, e in particolare della parte illustrativa, ove vanno descritte le misure adottate dopo l’apertura del procedimento o ancora da adottare per procedere alla realizzazione della massa o al risanamento, andando a individuare le basi programmatiche di partenza che costituiranno il fulcro della procedura a seguire, per la miglior attuazione dei diritti degli interessati, sembra poter trovare spazio - vista l’ampia autonomia concessa alle parti dall’*InsO*, che non predetermina il contenuto dell’*Insolvenzplan*²² - nonostante l’assenza di una previsione esplicita sul punto, anche la concessione in godimento²³ dell’azienda del debitore, quantomeno prodromica rispetto a un successivo trasferimento.

Sembra cioè possibile che la concessione dell’azienda del debitore insolvente venga disposta, sia come *Pacht*²⁴ che tramite istituti affini, che comportino comunque la concessione ad un terzo del diritto di godimento sull’azienda su base contrattuale,

²² K. OTTE, § 217, cit., Rdn. 38; H. EIDENMÜLLER, § 217, cit., Rdn. 166, 72 e Rdn. 171 ss., 73 ss.; A. FLESSNER, vor § 217, cit., Rdn. 12, 1654; J. D. SPLIEDT, § 217, cit., Rdn. 8, 1705.

²³ In termini di “affitto” si esprime H. ZIPPERER, „Übertragende Sanierung”, cit., 206.

²⁴ Parla esplicitamente di “affitto” dell’azienda del debitore insolvente a una *Auffanggesellschaft*, come possibile variante di un’operazione di *übertragende Sanierung*, in fase prodromica a un successivo trasferimento, H. ZIPPERER, „Übertragende Sanierung”, cit., 206.

nell'ambito delle previsioni del piano di regolazione dell'insolvenza²⁵. Ciò nonostante le radicali differenze, che non possono essere sottovalutate, tra i due "piani", quello di liquidazione italiano *ex art. 104-ter l. fall.* e l'*Insolvenzplan* tedesco, presentando quest'ultimo natura proteiforme.

Infatti, nel disegno del legislatore dell'*InsO*, il piano di regolazione dell'insolvenza può anche mirare, sia pur come obiettivo mediato - data la finalità primaria della procedura, relativa al soddisfacimento dei creditori concorsuali - al risanamento dell'impresa, la cui titolarità rimanga in capo al debitore (*Sanierungsplan*), o mediante trasferimento dell'azienda a terzi e prosecuzione dell'impresa da parte del nuovo *Unternehmensträger* (*Übertragungsplan*, o *übertragende Sanierung* disposta nella procedura di insolvenza e prevista nell'ambito di un piano di regolazione dell'insolvenza, su cui si ci soffermerà più ampiamente in seguito²⁶), che può essere anche "*eine juristische Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, [...] die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegründet worden ist, um das Unternehmen oder einen Betrieb des Schuldners zu übernehmen und weiterzuführen*"²⁷ (§ 260 Abs. 3 *InsO*)²⁸, o ancora la liquidazione dell'attivo con modalità peculiari rispetto a quelle previste dalla disciplina legale (*Liquidationsplan*, si tratterebbe del caso in cui l'*Insolvenzplan* tedesco assume configurazione più simile all'analogo istituto italiano previsto dall'art. 104-ter)²⁹.

Si deve sottolineare come l'autonomia privata possa configurare variamente l'*Insolvenzplan*, rappresentando le sopra menzionate forme giuridiche non schemi rigidi e intangibili, ma modelli malleabili e idonei ad adattarsi alle diverse esigenze della

²⁵ Per il caso ad esempio della creazione di una *Auffanggesellschaft* cui venga concessa in godimento l'azienda del debitore insolvente nell'ambito di una procedura di *Sanierung* disposta con il piano di insolvenza: H. ZIPPERER, „Übertragende Sanierung”, cit., 206; H. EIDENMÜLLER, § 217, cit., Rdn. 91, 53.

²⁶ Per un'interessante ricostruzione del sistema tedesco dal punto di vista della dottrina italiana, circa la possibilità di procedere al trasferimento di azienda come concreta modulazione dell'*Insolvenzplan* anche per le aziende bancarie, e per le ulteriori peculiarità che la natura bancaria dell'impresa comporta nella gestione della crisi si veda M. PERRINO, *Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria*, Torino, 2005, 11 e ss. in particolare nt. 25.

²⁷ Ovvero una persona giuridica o società priva di personalità giuridica, fondata a seguito dell'apertura della procedura per rilevare l'azienda e proseguire nell'esercizio dell'impresa.

²⁸ Le problematiche connesse verranno meglio approfondite al § n. 17 del presente lavoro.

²⁹ Per le tre modalità classiche di configurazione dell'*Insolvenzplan* si vedano: K. OTTE, §217, cit., Rdn. 38; H. EIDENMÜLLER, § 217, cit., Rdn. 171, 74; A. FLESSNER, *vor § 217 InsO*, cit., Rdn.12, 1654; J. D. SPLIEDT § 217 *InsO*, cit., Rdn. 8, 1705.

procedura in concreto, ammettendosi anche piani c.d. misti (si pensi al caso in cui il trasferimento a terzi dell'azienda avvenga solo a seguito di risanamento aziendale)³⁰.

L'*Insolvenzplan* può dunque presentare, da un lato, aspetti analoghi al nostro concordato preventivo, e in questo senso forte è stata l'influenza sulla nuova disciplina tedesca del *Chapter 11 del Bankruptcy Code* statunitense³¹ - nel caso in cui il risanamento dell'impresa venga perseguito, ad esempio, mediante concessione di dilazioni o riduzioni di crediti (§§ 224 e 223 Abs. 2), o divisione dei creditori in classi, in deroga al principio della *par condicio* (§ 222), o ancora nel caso in cui si preveda che i creditori concorsuali vengano soddisfatti mediante gli utili derivanti dalla prosecuzione dell'attività di impresa, eventualmente a seguito di cessione o concessione dell'azienda del debitore a terzi (§ 229) -, o al contrario presentare profili adiacenti al piano di liquidazione nel nostro fallimento, laddove si prevedano regole particolari per procedere alla liquidazione dell'attivo, in deroga a quelle legali.

Forte è perciò la valorizzazione dell'autonomia privata, nell'esperienza dell'*InsO*, con particolare riferimento al piano di regolazione dell'insolvenza, che va a modellare lo strumento concesso dal § 217 *InsO* a seconda delle più disparate esigenze della procedura.

Nell'ordinamento italiano, a ben vedere, va rilevato come il legislatore consenta al curatore di riflettere sull'opportunità di procedere all'affitto endofallimentare anche prima della presentazione del programma di liquidazione.

Due sono infatti i momenti in cui, per espressa previsione legislativa, può trovare previsione l'affitto endofallimentare.

Ai sensi dell'art. 104-bis, co. 1, l. fall., "anche prima della presentazione del programma di liquidazione di cui all'articolo 104-ter su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza l'affitto

³⁰ K. OTTE, § 217, cit., Rdn. 38; H. EIDENMULLER, § 217, cit., Rdn. 171 ss., 73 ss.; A. FLESSNER, vor § 217 *InsO*, cit., Rdn. 12, 1654; J.D. SPLIEDT, § 217, cit., Rdn. 8, 1705; M. JAFFÉ, § 217, cit., Rdn. 71 ss., 1647 e ss.

³¹ Sull'influenza del *Chapter 11* sull'*InsO* tedesca: K. OTTE, §217, cit., Rdn. 8, 5; H. EIDENMÜLLER, in H. P. KIRCHHOF, H. J. LWOWSKI, R. STÜRNER, *MünchKommInsO*, 3 ed. 2013, vor § 217 bis 269, Rdn. 16 ss., 7; J.D. SPLIEDT, in K. SCHMIDT, *Insolvenzordnung: InsO mit EuInsVO*, 18 ed., München, 2013, Ein. § 217, Rdn. 7, 1700; M. JAFFÉ, § 217, cit. Rdn. 71 ss., 1647 e ss.; D. GRAWE, *Der Ablauf*, cit., 158; B. MEYER-LOWY, C. POERTZGEN, L. ECKHOFF, *Einführung*, cit., 735 ss.; F. PODEWILS, *Zur Anerkennung*, cit., 209 ss.

dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa”.

L'art. 104-ter l. fall. prevede invece che “entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario, il curatore predispone un programma di liquidazione da sottoporre, acquisito il parere favorevole del comitato dei creditori, all'approvazione del giudice delegato.

Il programma deve indicare le modalità e i termini previsti per la realizzazione dell'attivo, specificando: a) l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di singoli rami di azienda, ai sensi dell'articolo 104, ovvero l'opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di rami, a terzi ai sensi dell'articolo 104-bis [...]”.

Dalla lettera della norma di cui all'art. 104-ter, co. 2 lett. a), va rilevato, in primo luogo, che in sede di approvazione del programma di liquidazione, il curatore debba sempre prendere posizione sull'opportunità di disporre l'affitto dell'azienda, eventualmente anche in senso negativo³².

Occorre interrogarsi se il diverso alveo di previsione dell'affitto endofallimentare, come strumento in seno al programma di liquidazione, o come misura disposta prima della presentazione del piano da parte del curatore, in uno stadio ancora embrionale della fase liquidatoria, possa incidere sulla disciplina dell'istituto.

In particolare, a venire in rilievo è il regime autorizzatorio previsto dagli artt. 104-bis, co. 1, e 104-ter, co. 7, l. fall. Se, infatti, un'autorizzazione del giudice delegato ai fini della decisione dell'affitto è prevista esplicitamente solo per il caso di affitto proposto prima della presentazione del programma liquidatorio, l'ultimo comma dell'art. 104-ter l. fall. prevede un potere autorizzatorio del giudice delegato con riguardo all'esecuzione degli atti ad esso conformi³³.

Ci si chiede se tra gli atti da autorizzare specificatamente da parte del giudice delegato *ex art. 104-ter, utl. co.*, rientri la stipulazione dell'eventuale affitto programmato dal curatore. E in caso di risposta positiva, ci si chiede se il contenuto e

³² Sembrano dello stesso avviso del testo: F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 443; L. MANDRIOLI, sub *art.104-ter*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, II, Torino, 2010, 1405.

³³ Si veda L. MANDRIOLI, sub *art.104-ter*, cit., 1422.

l'ampiezza del potere autorizzatorio del giudice delegato siano identici o varino nelle due fattispecie.

Innanzitutto, va chiarito che risulta esclusa la possibilità di un controllo di merito da parte del giudice delegato, sull'opportunità di procedere all'affitto, valutazione che va ritenuta riservata al curatore fallimentare³⁴. La natura del controllo del giudice delegato in materia di affitto va considerata di legittimità sostanziale: il giudice dovrebbe verificare cioè il rispetto delle prescrizioni procedurali nonché la rispondenza della soluzione al quadro generale della liquidazione nel caso concreto³⁵.

Sembra dunque da escludere la possibilità da parte del giudice, in sede di autorizzazione, di imporre condizioni per la successiva procedura di selezione del contraente o prescrizioni inerenti al contenuto del contratto da stipulare, o ancora di concedere l'autorizzazione all'affitto solo per singoli rami d'azienda³⁶.

Ciò premesso, uno degli argomenti su cui si è fondata l'estensione dell'autorizzazione del giudice delegato anche all'affitto proposto in seno al programma *ex art. 104-ter*, ult. co., è rappresentato dal dato letterale dell'*art. 104-bis*, co. 1, l. fall., e in particolare dall'inciso iniziale "anche prima", che implicherebbe la necessità di un'autorizzazione giudiziale anche per l'affitto disposto come misura del piano di liquidazione³⁷. L'argomento appare però debole, sol che si guardi al fatto che la locuzione "anche prima" figurava già in precedenza rispetto alle modifiche all'*art. 104-ter* apportate dal decreto correttivo, che ha eliminato l'autorizzazione del giudice delegato per il programma di liquidazione. Più incisivo sembrerebbe invece il riferimento alla necessità di un controllo del giudice sulla corrispondenza dell'affitto in

³⁴ Così, per l'affitto, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 355, nt. 12; per l'intero programma di liquidazione L. MANDRIOLI, sub *art.104-ter*, cit., 1422; G. BOZZA, *L'approvazione del programma di liquidazione e l'autorizzazione dell'esecuzione degli atti ad esso conformi*, in *Fall.*, 2008, 1057 ss. Per la natura di controllo di merito, invece, C. MIELE, sub *art. 104-bis*, in *La legge fallimentare*, a cura di M. FERRO, Padova, 2007, 768 e, per il differente istituto dell'esercizio provvisorio, E. MATTEI, *L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di AMBROSINI, Bologna, 2008, 219 e G. TRISORIO LIUZZI, *L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo*, in *Foro it.*, 2006, V, 198.

³⁵ Così L. MANDRIOLI, sub *art.104-ter*, cit., 1430.

³⁶ Si veda però A. PENTA, *Il comitato dei creditori*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di Fauceglia e Panzani, Torino, 2009, 370. Per analoghe riflessioni in tema di esercizio provvisorio, P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 123.

³⁷ Particolare è la tesi di F. FIMMANÒ, che ritiene che l'approvazione del programma di liquidazione sia sostitutiva di singole autorizzazioni per gli atti e le operazioni incluse nel programma, e dunque anche per l'affitto, precisando tuttavia che "in presenza di un programma generico, l'approvazione non dovrà essere ritenuta sufficiente per sostituire l'autorizzazione al singolo atto di esecuzione", in *L'affitto*, cit., 443, nt. 21.

concreto stipulato alle previsioni del programma di liquidazione³⁸. Aderendo alla tesi positiva ci si trova peraltro a dover affrontare il problema dell'ampiezza del controllo riservato al giudice delegato, a seconda che si rientri nella fattispecie di cui all'art. 104-*bis* l. fall. o 104-*ter*, ult. co., l. fall., ossia a seconda che l'autorizzazione abbia ad oggetto l'affitto proposto prima della presentazione o in seno al programma. Si è sostenuto che, nel caso di cui all'art. 104-*bis* co.1 l. fall., il potere del giudice delegato risulterebbe più ampio, in quanto non vincolato alle determinazioni del programma di liquidazione³⁹. A ben vedere, invece, proprio la necessità di far riferimento alla previsione in seno al piano potrebbe comportare un'estensione maggiore del controllo del giudice sulla legalità sostanziale dell'affitto endofallimentare disposto a seguito di previsione nell'ambito del programma di liquidazione: il giudice potrebbe verificare il rispetto dei criteri a cui andrebbe ancorata la scelta dell'affittuario, la compatibilità della durata dell'affitto con le esigenze della liquidazione, il rispetto e la legittimità della procedura competitiva per la selezione del contraente⁴⁰.

Le difficoltà interpretative che eventualmente sorgerebbero aderendo alla tesi positiva non possono però far propendere per la tesi che neghi che l'affitto debba essere autorizzato dal giudice delegato anche se deciso in seno alla presentazione del programma di liquidazione⁴¹.

Va però comunque sottolineato come anche la tesi avversa abbia dei profili di pregio, giustificando la diversità di regime tra le due fattispecie, e dunque l'esonero dall'autorizzazione per l'affitto endofallimentare "programmato" ex art. 104-*ter*, in un'ottica di responsabilizzazione del comitato dei creditori e per il fatto che il quadro della fase di liquidazione è ben definito nel caso di affitto disposto in seno al programma, e verrebbe dunque a mancare la necessità di un controllo di legittimità sostanziale da parte di un soggetto esterno, il giudice delegato, sulla rispondenza dell'affitto alle esigenze della fase liquidatoria della procedura in concreto⁴².

³⁸ Si veda L. MANDRIOLI, sub *art.104-ter*, cit., 1430; F. D'AQUINO, sub *art. 104-ter*, in *La legge fallimentare*, a cura di M. FERRO, Padova, 2007, 197; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 352, nt. 2; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 537 ss.

³⁹ A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 67.

⁴⁰ Si veda TRIBUNALE DI MILANO, *Istruzioni ai curatori per la liquidazione programmata dei beni fallimentari*, 15 luglio 2008.

⁴¹ Così L. MANDRIOLI, sub *art.104-ter*, cit., 1430; F. D'AQUINO, sub *art. 104-ter*, cit., 197.

⁴² Per la non necessità dell'autorizzazione del giudice delegato per l'esercizio provvisorio disposto in seno al programma di liquidazione, e sembra, anche per l'affitto: P. FABBIO, *L'esercizio*, cit.,

Da ultimo, sul punto, occorre evidenziare che si ritiene possibile, là dove l'esigenza e l'opportunità di procedere all'affitto sorga in quel momento, la presentazione di una proposta di affitto endofallimentare da parte del curatore anche a seguito dell'approvazione del programma di liquidazione⁴³. In questo caso, sembra porsi la questione del regime autorizzatorio da applicare, se quello di cui all'art. 104-*bis* l. fall., o quello relativo alle modifiche del programma di liquidazione *ex* art. 104-*ter* co. 4. E sembrerebbe quest'ultimo lo strumento più idoneo, vista la grande incidenza dell'istituto dell'affitto sulle dinamiche complessive della fase liquidatoria, da ciò la necessità del ricorso a un vero e proprio supplemento di piano, presentato dal curatore⁴⁴. Peraltro, non può dubitarsi sul fatto che la proposta di procedere all'affitto dell'azienda potrebbe eventualmente provenire al curatore anche dal comitato dei creditori *ex* art. 104-*ter*, co. 3.

4 Aspetti procedurali in ordine alla decisione dell'affitto: il contenuto minimo della proposta del curatore.

A questo punto della trattazione è utile soffermarsi su alcuni aspetti procedurali in ordine alla decisione dell'affitto endofallimentare, che possano far sorgere problematiche esegetiche.

Sia per l'affitto disposto prima della presentazione del programma di liquidazione, sia per il caso in cui si tratti di misura prevista nell'ambito del piano *ex* art. 104-*ter*, co. 2, lett. a), l'atto iniziale del procedimento è rappresentato dalla proposta del curatore. Quale debba essere il contenuto di tale proposta è questione dibattuta. Di certo, la proposta non potrà contenere tutti gli elementi essenziali del futuro contratto⁴⁵. Era questa a ben vedere l'impostazione della prassi prima della riforma della legge

125; si veda sul punto F. D'AQUINO, *sub art. 104-ter*, cit., 192. *Contra*, G. BOZZA, *L'approvazione*, cit., 1057 e ss.

⁴³ L. MANDRIOLI, *sub art. 104-ter*, cit., 1404; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 299.

⁴⁴ Sembrerebbe invece ritenere applicabile la disciplina di cui all'art. 104-*bis* l. fall., ma non chiaramente, richiamando la necessità dell'autorizzazione del giudice delegato, A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 67. Va però segnalato come anche gli autori citati si muovono sul piano della tesi per cui anche per l'affitto endofallimentare in seno al programma di liquidazione sarebbe necessaria l'autorizzazione del giudice delegato *ex* art. 104-*ter* l. fall.

⁴⁵ Nel senso del testo F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 445; A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, 34, C. MIELE, *sub 104-bis*, cit., 768;

fallimentare. Ma nel vigore del testo previgente della legge fallimentare, e in assenza di una espressa disposizione che regolasse la fattispecie, si riteneva che oggetto dell'autorizzazione del giudice delegato fosse non già la *decisione* dell'affitto, ma piuttosto uno specifico contratto in concreto già concordato tra curatore e potenziale affittuario. Al contrario, invece, il nuovo testo dell'art. 104-*bis* l. fall. ha spostato a valle del procedimento la stipulazione del contratto d'affitto. E non potrebbe essere altrimenti, visto che il contenuto in concreto del regolamento contrattuale sarà condizionato dall'offerta dell'affittuario presentata in sede di procedura competitiva. E' chiaro che il procedimento di selezione del contraente avrà ad oggetto proprio la comparazione tra le diverse offerte concorrenti, di conseguenza elementi essenziali del contratto, come quello del canone pattuito, o delle garanzie concesse dall'affittuario, non potrebbero risultare predeterminate dal curatore in sede di presentazione della proposta d'affitto⁴⁶.

Ma la previsione della procedura competitiva per la selezione dell'offerta più conveniente per il fallimento comporta una rimodulazione del contenuto possibile della proposta d'affitto del curatore, che dovrà specificare i criteri orientativi per il procedimento di scelta dell'affittuario: ad esempio, l'indicazione di un importo minimo di canone, al di sotto del quale l'offerta non sia accettabile; il termine di durata dell'affitto, eventualmente identificato in un arco temporale; le forme di pubblicità da seguire *ex art. 104-bis*, co. 2 per assicurare trasparenza e massima partecipazione alla procedura; l'indicazione delle clausole legali tipiche, pur in assenza di una loro dettagliata specificazione. Si è sostenuto che la proposta debba contenere anche l'indicazione dei livelli occupazionali che si intendono preservare con l'affitto⁴⁷, ma penso sia preferibile ritenere obbligatoria una tale indicazione solo in caso di affitto previsto in seno al programma di liquidazione, vista la necessità, in questo caso, di specificare in altre parti del programma la sorte dei lavoratori non collocati.

Inoltre, nel contenuto minimo della proposta sembrerebbe dover rientrare anche la descrizione della consistenza del complesso aziendale da affittare, o l'individuazione esatta del ramo d'azienda da scorporare rispetto agli altri, da destinare ad altra sistemazione, nonché la specificazione dell'entità dei contratti che eventualmente si intendano trasferire all'affittuario.

⁴⁶ A. GALLONE-M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 35.

⁴⁷ A. GALLONE-M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 36.

4.1 La decisione in ordine all'affitto come atto del curatore o del giudice delegato. Problemi in ordine ai rimedi impugnatori avverso la decisione.

La norma di cui all'art. 104-*bis* l. fall. individua un complesso procedimento per addivenire alla disposizione dell'affitto endofallimentare, che implica la partecipazione, con un ruolo più o meno rilevante, di diversi organi della procedura: il curatore, il giudice delegato, il comitato dei creditori.

Ciò ha fatto sorgere dubbi sulla natura della decisione dell'affitto endofallimentare: si tratterebbe di un atto del curatore o del giudice delegato? La questione non ha un rilievo meramente dogmatico, ma incide sul profilo pratico del rimedio impugnatorio da esperire avverso la decisione dell'affitto. L'atto oggetto di impugnazione, per contestare la legittimità della decisione degli organi della procedura, è la proposta del curatore o l'autorizzazione del giudice delegato? Il rimedio da utilizzare è il reclamo avverso gli atti del curatore *ex art. 36 l. fall.* o il ricorso avverso gli atti del giudice delegato *ex art. 26 l. fall.*?

La questione della natura della decisione dell'affitto va affrontata prendendo le mosse dal dato normativo. La formulazione della norma di cui all'art. 104-*bis* co. 1 sembrerebbe far propendere per la natura giudiziaria della decisione dell'affitto. La disposizione prevede infatti che il giudice delegato *autorizzi* l'affitto, *su proposta* del curatore.

Ma il dato letterale non può essere ritenuto il discriminante esegetico nella soluzione della questione: è necessario collocare la disposizione nel nuovo "sistema" della legge fallimentare riformata. E la rinnovata impostazione del legislatore della riforma tende, com'è noto, a ridurre il ruolo del giudice delegato nell'ambito della procedura a quello di mera vigilanza, mentre incrementa competenze e funzioni della figura del curatore, attribuendogli le scelte gestionali sul patrimonio del fallito e la programmazione e direzione della fase liquidatoria. La previsione di un potere decisionale del giudice delegato sembrerebbe in controtendenza con le linee della

riforma, volte a valorizzare il ruolo del curatore e del comitato⁴⁸. In quest'ottica sembra più corretto optare per il riconoscimento della natura di atto del curatore alla decisione in ordine all'affitto. Basti pensare che la disposizione dell'affitto potrebbe trovare alveo anche nel programma di liquidazione, e anzi è questa la sua collocazione tipica come strumento di gestione provvisoria dell'impresa, utile all'amministrazione del bene azienda nel corso della fase liquidatoria, all'interno della quale va pensato e organizzato.

L'autorizzazione del giudice delegato andrebbe in questo caso considerata come mera presa d'atto della decisione del curatore, e della sua legittimità formale, per cui sarebbe la proposta il momento decisivo in ordine alla disposizione dell'affitto⁴⁹. La decisione dell'affitto sembrerebbe, dunque, atto del curatore, rimanendo tale anche se sia stato trasfuso nel provvedimento di autorizzazione del giudice delegato⁵⁰.

Tale presa di posizione in ordine alla natura dell'atto di disposizione dell'affitto ha conseguenze pratiche rilevanti in ordine ai rimedi impugnatori concessi al soggetto interessato a contestare la legittimità della decisione. L'atto da impugnare non sarebbe infatti l'autorizzazione del giudice delegato, con lo strumento di cui all'art. 26 l. fall.⁵¹, ma piuttosto quello del curatore, con opzione per il rimedio di cui all'art. 36 l. fall.

⁴⁸ Così *ex multis*, limitandosi ai contributi sul tema: A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione dell'attivo*, in *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di P. PAJARDI- A. PALUCHOSWKY, Milano, 2008, 945; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-ter*, 1424; G. BOZZA, *L'approvazione*, cit., 47.

⁴⁹ *Contra* nel senso di un sindacato del giudice delegato anche in ordine all'opportunità dell'affitto: A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione*, cit., 945; C. MIELE, sub *art. 104-bis*, cit., 1176; B. ROVATI, *L'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda*, in AA. VV., *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. AMBROSINI, Bologna, 2008, 211. Per un controllo limitato alla regolarità delle operazioni d'affitto invece L. MANDRIOLI, sub *art. 104-ter*, 1424, secondo il quale al giudice sarebbe preclusa la possibilità di entrare nel merito dei contenuti del documento programmatico; D. BENZI, *L'affitto d'azienda*, in *Fallimento e altre procedura concorsuali*, G. FAUCEGLIA, L. PANZANI, Torino, 2009, 1182. Secondo A. PACIELLO, sub *art. 104-bis*, cit., 938, invece, il giudice delegato potrebbe limitarsi alla sola verifica della regolarità formale degli atti solo nel caso di affitto come misura del programma di liquidazione.

⁵⁰ In giurisprudenza per questa posizione Trib. Milano, 23 luglio 2014, in *www.ilcaso.it*

⁵¹ Per la tesi per cui il decreto autorizzatorio sarebbe reclamabile *ex art. 26 l. fall.* ma non ricorribile per Cassazione, invece, L. GUGLIELMUCCI, *Formulario annotato delle procedure concorsuali*, Padova, 2012, 250; V. ZANICHELLI, *la nuova disciplina*, 237; F. LICONTI, *L'esercizio*, cit., 422; B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2013, 713; in giurisprudenza, Cass. 18 gennaio 2013, n. 1240, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013, 1, dove si legge che "il provvedimento del giudice delegato, che conceda al curatore l'autorizzazione all'affitto dell'azienda della fallita, è espressione del potere ordinatorio di quel giudice, in virtù del quale questi esercita le funzioni di direzione connesse all'amministrazione e gestione dei beni acquisiti al fallimento, e, perciò, dà luogo ad un atto privo dei caratteri di decisorietà e definitività, avverso il quale è proponibile reclamo al Tribunale ai sensi dell'art. 26 l. fall. mentre è inammissibile il ricorso per Cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., avverso il decreto che decide sul reclamo, anch'esso non diretto a

La tesi contraria si fonda sull’argomento per cui il provvedimento del giudice delegato, che conceda al curatore l’autorizzazione all’affitto dell’azienda, sarebbe “espressione del potere ordinatorio di quel giudice, in virtù del quale questi esercita le funzioni di direzione connesse all’amministrazione e gestione dei beni acquisiti al fallimento”⁵². Si tratta di un’opinione che suscita perplessità alla luce del nuovo ruolo di mera vigilanza sulla procedura riconosciuto dalla legge al giudice delegato a seguito della riforma.

Va peraltro ricordato che l’art. 36 l. fall. ammette il reclamo avverso gli atti del curatore per soli motivi di legittimità, ovvero per “violazione di legge”, potendosi però contestare l’opportunità della decisione sotto il profilo di una violazione dell’obbligo di gestire e liquidare il patrimonio fallimentare secondo le elementari regole della buona amministrazione⁵³.

4.2 Il parere del comitato dei creditori prima dell’approvazione del programma di liquidazione o sul programma. Il rilievo dell’interesse dei creditori.

Se la decisione dell’affitto sembrerebbe da considerarsi come atto del curatore, individuando nella proposta della curatela l’eventuale atto da impugnarsi per contestare la legittimità della disposizione dell’affitto endofallimentare, va però sottolineato come la riforma della legge fallimentare abbia attribuito un nuovo e più ampio ruolo al comitato dei creditori, tenuto a fornire parere favorevole sull’opportunità di affittare l’azienda del fallito.

risolvere controversie sui diritti, ma afferente alle funzioni di controllo sull’esercizio di potere gestori e sulle eventuali misure integrative adottate dal giudice delegato, come tale, dunque, privo dei caratteri di decisorietà e definitività”.

⁵² Così, Cass. 18 gennaio 2013, n. 1240, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013, 1; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1371; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 287; B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 713; L. GUGLIELMUCCI, *Formulario annotato*, cit., 250. Ritiene tale scelta in controtendenza con l’impostazione di fondo della riforma A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione*, cit., 945.

⁵³ Così, L. MANDRIOLI, sub *art. 104-ter*, cit., 1427; R. FONTANA, *Il programma di liquidazione*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. AMBROSINI, Bologna, 2008, 240 s.

Bisognerà dunque esaminare natura ed effetti del parere dell'organo esponentiale degli interessi del ceto creditorio, che l'art. 104-*bis* richiede come condizione necessaria affinché il giudice delegato possa autorizzare l'affitto.

Per una ricostruzione storica della disciplina dell'istituto, va detto che nel vigore del testo previgente della legge fallimentare, che, come più volte ricordato, non prevedeva espressamente l'istituto dell'affitto endofallimentare, tanto che si era arrivati a contestarne la legittimità, sulla base di un preteso carattere ostativo dell'affitto alla celerità della fase liquidatoria, la prassi degli organi della procedura in materia di affitto d'azienda non riteneva obbligatoria l'acquisizione del parere del comitato dei creditori ai fini dell'affitto dell'azienda del fallito.

In assenza di una disciplina esplicita, si discuteva della natura dell'atto dispositivo, come atto di straordinaria o ordinaria amministrazione sul patrimonio del fallito⁵⁴. Il dibattito non aveva rilievo soltanto teorico ma era funzionale all'individuazione delle competenze degli organi nel procedimento autorizzatorio e di stipulazione del contratto d'affitto, per tentare di sottrarre la decisione al rigoroso regime di cui all'art. 90 l. fall. precedente testo⁵⁵.

A ben vedere, comunque, nella prassi, anche nel panorama del testo pre-riforma, il giudice autorizzava il curatore alla stipula del contratto d'affitto d'azienda solo dopo aver richiesto il parere del comitato dei creditori, ai sensi dell'art. 25, n. 3, l. fall., per cui il giudice delegato può convocare il comitato nei casi previsti dalla legge e là dove lo ritenga opportuno⁵⁶.

⁵⁴ Per una ricostruzione del dibattito si vedano G. C. M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 35 ss., che ritiene, con riferimento al panorama normativo pre-riforma, che l'affitto dell'azienda del fallito sia sempre atto di straordinaria amministrazione e richieda l'autorizzazione del giudice delegato e non del tribunale; F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 444; A. MAISANO, *La tutela concorsuale*, cit., 57, che riteneva che l'affitto fosse atto esorbitante l'ordinaria amministrazione, come tale estraneo alla competenza del curatore;

⁵⁵ Contrario all'applicazione dell'art. 90 l. fall. in ragione dell'eterogeneità, come visto assolutamente condivisibile, tra esercizio provvisorio e affitto G. C. M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 33. Si vedano anche F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 445; S. BONFATTI- P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2004, 231. Sul carattere non decisorio, né giurisdizionale del provvedimento che disponesse l'affitto endofallimentare, con conseguente esclusione della ricorribilità in Cassazione ex art. 111 co. 7 Cost.: Cass., n. 2909, 28 aprile 1983, in *Giur. comm.*, 1984, II, 166.

⁵⁶ Si veda: L. PELLEGRINO, *La prassi fallimentare*, Padova, 1989, 172; per un'applicazione in giurisprudenza: Trib. Monza, 14 febbraio 1992, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 517.

Non era però sancita l'obbligatorietà del parere del comitato dei creditori, per cui l'opportunità della convocazione era rimessa all'apprezzamento discrezionale nel caso concreto del giudice delegato.

La nuova normativa ha invece introdotto il parere del comitato dei creditori come passaggio necessario ai fini dell'autorizzazione all'affitto endofallimentare, non senza strascichi polemici da parte di alcune voci in dottrina, che ritengono che l'obbligatorietà di tale schema consultivo appesantisca in maniera ingiustificata il procedimento, rendendo meno agevole l'opzione dell'affitto⁵⁷.

Ma gli spunti contrari alla novità introdotta dalla riforma, circa il parere del comitato per l'affitto, non tengono conto della mutata impostazione della legge fallimentare riguardo a funzioni e ruolo del comitato nella procedura, e, in particolare, alla *ratio* del parere obbligatorio del comitato, non più spiegabile solo in termini di accettazione consapevole dei rischi connessi all'operazione, ma di vera e propria responsabilizzazione dell'organo rappresentativo dell'interesse del ceto creditorio rispetto alle decisioni inerenti alla gestione dell'impresa del fallito. L'istanza tutelata non è più solo quella di assicurare un maggior controllo su un'iniziativa valutata dal legislatore come rischiosa per la procedura. In un'ottica più attenta alle rinnovate esigenze dell'economia e delle prassi negoziali, il potere del comitato di esprimere un parere (dei cui effetti si tratterà a breve) sulla decisione dell'affitto, si spiega in un'ottica di coinvolgimento del ceto creditorio nelle scelte gestionali della fase liquidatoria. E ciò nella consapevolezza che proprio i creditori sono i soggetti su cui, nel caso di prosecuzione dell'impresa insolvente, grava il rischio principale di un'attività in perdita, e nella nuova concezione dell'affitto come strumento utile a riallocare il rischio di impresa su un terzo, imprenditore cui si concede in godimento l'azienda, ripristinando il paradigma tipico dell'impresa *in bonis* della corrispondenza tra rischio e potere gestorio. La scelta di trasferire a terzi il rischio di impresa, rinunciando a incidere direttamente sulle scelte gestionali⁵⁸, competerà anche al comitato, in ragione del nuovo ruolo e responsabilità dell'organo nell'ambito della *governance* fallimentare.

⁵⁷ In questo senso F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 445.

⁵⁸ Infatti sul nuovo possibile ruolo decisionale del comitato dei creditori in relazione alla continuazione dell'impresa del fallito nel caso in cui si venga disposto l'esercizio provvisorio si veda G. FERRI, *Le forme*, cit., P. FABBIO, *L'esercizio provvisorio*, cit., 116 ss.

Ma quali sono la portata e gli effetti del parere del comitato sull'affitto *ex art. 104-bis* co. 1, l. fall.?

Innanzitutto, dalla lettera della legge sembra potersi pacificamente argomentare la natura obbligatoria e vincolante del parere espresso dai creditori⁵⁹. Ciò nel senso che al comitato dei creditori spetti un potere di veto sull'iniziativa: solo nel caso di parere favorevole il giudice delegato potrà autorizzare l'affitto endofallimentare. La vincolatività del parere negativo è evidente⁶⁰.

Dubbi sorgono invece in relazione alla vincolatività di un eventuale parere favorevole: se il comitato dei creditori approva la proposta del curatore, il giudice delegato può disattendere il parere e non autorizzare l'affitto?

Sul punto va in via preliminare ricordato che risulta esclusa la possibilità di un controllo di merito da parte del giudice delegato, sull'opportunità di procedere all'affitto, valutazione che va ritenuta riservata al curatore fallimentare, e, in sede di emanazione del parere, anche al comitato⁶¹. La natura del controllo del giudice delegato in materia di affitto va considerata però di legittimità sostanziale: il giudice dovrebbe verificare cioè il rispetto delle prescrizioni procedurali nonché la rispondenza della soluzione al quadro generale della liquidazione nel caso concreto. Al di là dei casi di vizi procedurali, dunque, al giudice permangono degli spazi di discrezionalità in relazione all'autorizzazione dell'affitto rispetto alla presa di posizione del comitato, cristallizzata nel parere, ma solo in ragione di una eventuale macroscopica non rispondenza dello strumento nel caso concreto alle esigenze peculiari della fase liquidatoria della specifica procedura.

Altra questione è quella della possibilità da parte del comitato, in sede di parere, di fornire indicazioni, suggerimenti o imporre prescrizioni per il futuro rapporto (ad esempio circa il contenuto del contratto, ritenendo di dare parere favorevole all'affitto, ma per una durata inferiore rispetto a quella prevista dal curatore, o ancora, di approvare l'affitto solo per alcuni rami dell'azienda e non per altri).

⁵⁹ Si veda B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 713; L. GUGLIELMUCCI, *Formulario annotato*, cit., 250.

⁶⁰ Si veda B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 713; L. GUGLIELMUCCI, *Formulario annotato*, cit., 250

⁶¹ Per la natura di controllo di merito, invece, C. MIELE, sub *art. 104-bis*, cit., 768 e, per il differente istituto dell'esercizio provvisorio, E. MATTEI, *L'esercizio provvisorio*, cit., 219 e G. TRISORIO LIUZZI, *L'esercizio*, cit., 198.

Mi sembra sostenibile l'ammissibilità di indicazioni in tal senso, con necessità però di garantire al curatore la possibilità di rivedere la proposta prima dell'autorizzazione del giudice.

Un ultimo appunto va fatto sul parere del comitato sul programma di liquidazione che contenga anche la proposta d'affitto. Sembra dubbio se il comitato possa scindere il contenuto del programma e approvare soltanto la parte relativa alla disposizione dell'affitto. Vista la rispondenza dell'affitto in seno al programma ad una strategia complessiva approntata dal curatore per la fase liquidatoria, sembrerebbe preferibile la soluzione negativa⁶².

4.2.1 (segue): questioni in merito alla mancata costituzione del comitato dei creditori: possibilità di sostituzione da parte del giudice delegato ex art. 41 l. fall.. Ammissibilità.

E' possibile che l'opportunità di procedere all'affitto dell'azienda del fallito sorga, a seguito della dichiarazione di fallimento, anche prima della nomina del comitato dei creditori (che deve aver luogo entro trenta giorni dell'apertura del fallimento *ex art. 40, co. 1, l. fall.*), o che, comunque, al momento della proposta da parte del curatore, non si sia ancora costituito il comitato.

E' necessario interrogarsi sulla possibilità di procedere comunque alla disposizione dell'affitto, nell'impossibilità di ottenere il parere favorevole del comitato, vista la mancata costituzione dell'organo, e, in caso di risposta affermativa, su presupposti sostanziali e regole procedurali da rispettare.

La rispondenza dell'istituto all'interesse alla valorizzazione del compendio aziendale, in funzione del miglior soddisfacimento dei creditori, e la necessità di evitare la dispersione degli *asset* ancora positivi dell'azienda, come conseguenza

⁶² Così L. MANDRIOLI, sub *art. 104-ter*, cit., 1423; A. CENICCOLA, *Il programma di liquidazione*, in *Fallimento e concordati*, a cura di P. CELENTANO, - E. FORGILLO, Torino, 2008, 706, nt. 11, il quale esclude la condivisione solo parziale del programma muovendo dalla possibilità attribuita al comitato di proporre modificazioni: se non apportate indurranno il comitato a non approvare *in toto* il documento; Trib. Roma, 28 aprile 2009, in *Fall.*, 2010, 362. Per analoghe conclusioni in tema di esercizio provvisorio: P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 121-122. *Contra*, R. FONTANA, *Il programma*, cit., 241 s.; C. ESPOSITO, *Riflessioni in tema di "approvazione" parziale del programma di liquidazione*, in *Fall.*, 2010, 364, che non esclude in modo assoluto la legittimità di un'approvazione parziale, muovendo dalla natura di atto di "pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo" del programma.

pregiudizievole di un'interruzione improvvisa dell'attività di impresa del fallito a seguito della dichiarazione di fallimento, fa ritenere sicuramente non condivisibile la tesi restrittiva che, sulla base della lettera della legge, fa derivare la paralisi dell'istituto, e dunque l'impossibilità di procedere all'affitto, in caso di mancata costituzione del comitato.

Posto ciò, si pone il problema della disciplina applicabile: in particolare va vagliata l'ipotesi di ricorso all'art. 41 l. fall., che consente al giudice delegato di agire in sostituzione del comitato, per i casi di "impossibilità di costituzione" e "impossibilità di funzionamento", ricomprendendo eventualmente in quest'ultima fattispecie anche la situazione in cui il comitato non possa ancora funzionare per via dei tempi tecnici per la sua nomina, nel caso di urgenza a provvedere.

Per una tesi, che ha trovato accoglimento in alcune pronunce della giurisprudenza di merito⁶³, l'applicazione dell'art. 41 l. fall. sarebbe priva di fondamento logico e giuridico nel caso in esame: il potere vicario del giudice previsto dall'art. 41 l. fall. sarebbe limitato al caso di attività provvedimentale da parte del comitato; l'esercizio del potere surrogatorio potrebbe giustificarsi solo per il caso di concessione o diniego di autorizzazione e approvazione o richiesta di modifica del programma di liquidazione, rimanendo invece esclusa l'attività a carattere consultivo del comitato.

Ciò in primo luogo sulla base della lettera dell'art. 41, co. 3, l. fall., che dispone che "in caso di inerzia, di impossibilità di costituzione per insufficienza di numero o indisponibilità dei creditori, o di funzionamento del comitato o di urgenza, *provvede* il giudice delegato". L'utilizzo del verbo "provvedere" sarebbe espressione della volontà del legislatore di escludere il potere surrogatorio del giudice delegato in caso di attività consultiva del comitato.

Si argomenta, inoltre, che i pareri richiesti al comitato sarebbero preordinati all'emanazione di provvedimenti da parte degli organi della procedura, e, nel caso di specie, dello stesso Giudice delegato, al fine di consentirgli una valutazione completa della situazione autorizzanda. La tesi che richiede l'emanazione del parere da parte del giudice delegato in sostituzione del comitato, ex art. 41 l. fall., incapperebbe nel vizio

⁶³ Si veda Trib. Milano, 23 luglio 2014, in *www.ilcaso.it*.

logico per cui l’organo giudiziario fornirebbe un parere a se stesso, provvedendo poi all’autorizzazione sulla base di tale parere.

Da ciò deriverebbe che, nelle ipotesi di inerzia, di impossibilità di costituzione o di funzionamento del comitato, il Giudice delegato dovrebbe provvedere *de plano* all’autorizzazione in assenza di parere.

Una tesi siffatta suscita però alcune perplessità, in quanto sembra sottovalutare le differenze di funzioni e di spettro di valutazione che la legge attribuisce al parere del comitato dei creditori e all’autorizzazione del giudice sull’affitto endofallimentare. Nell’esercizio del potere surrogatorio, e dunque nell’eventuale emanazione del parere, in sede vicaria rispetto al comitato, il giudice delegato non dovrebbe limitarsi a un controllo della legittimità sostanziale della proposta del curatore, ma al contrario spingersi a vagliare l’opportunità della scelta, nell’interesse precipuo del ceto creditorio.

Il parere che il giudice emani in sostituzione del comitato manterrebbe una sua autonomia concettuale, non potendosi ritenere implicito nell’autorizzazione, toccando profili di giudizio che non rientrano nella sfera di valutazione del provvedimento autorizzatorio. Sembrerebbe dunque più opportuno, con soluzione condivisa in dottrina anche per l’analogo caso dell’esercizio provvisorio⁶⁴, che il giudice esprima il parere riservato al comitato, in esercizio del potere surrogatorio *ex art. 41 l. fall.*, motivandolo succintamente.

E, d’altronde, la considerazione per cui il giudice nella fattispecie in esame fornirebbe un parere a se stesso sembra presentarsi non attenta alla differenza giuridica tra funzione dell’organo e soggetto che in concreto tale organo rappresenta, e della scissione tra competenze di un medesimo organo, che si tramuti in una distinzione nella dimensione soggettiva tra organo operante in determinata veste piuttosto che in altra.

La soluzione che propende per l’ammissibilità e necessità dell’esercizio del potere sostitutivo del giudice delegato *ex art. 41 l. fall.* rispetto al parere favorevole del comitato in ordine all’affitto si presenta peraltro più rispettosa dello spirito complessivo della riforma, con riferimento, in particolare, alla scelta di riservare le strategie gestionali e le relative valutazioni di merito al curatore ed eventualmente al comitato, piuttosto che all’autorità giudiziaria.

⁶⁴ Si vedano: F. FIMMANÒ, *ad art. 104 l. fall.*, cit., 1587; A. PACIELLO, *sub art. 104*, cit., 924; P. FABBIO, *L’esercizio*, cit., 855.

5 *Il procedimento di selezione del contraente: i criteri che il curatore dovrà seguire per la scelta dell'affittuario.*

L'inserimento dell'affitto d'azienda nell'ambito della fase liquidatoria della procedura fallimentare, come strumento che consenta la continuazione provvisoria dell'impresa del fallito, nella rinnovata concezione della liquidazione implicante anche una fase "gestionale" dei beni della massa, si riflette, come visto, in una peculiare limitazione della dimensione dell'autonomia privata in ordine al contratto; così come incidente in funzione restrittiva della libertà negoziale è la natura pubblicistica di una delle due parti del contratto, la curatela, vincolata nel suo agire da disposizioni di legge, che impongono il rispetto di procedure e obblighi sia nella fase delle trattative, sia nel momento stipulativo, sia nell'esecuzione del rapporto contrattuale.

La compressione dell'autonomia contrattuale emerge già dal momento della selezione del contraente: la parte pubblica (gli organi della procedura) non può arbitrariamente selezionare la propria controparte contrattuale, risultando vincolata dalle prescrizioni dell'art. 104-*bis*, co. 2 e 3, 1. fall., di natura procedurale, relative alla necessità di una gara competitiva per la scelta dell'affittuario, e di natura sostanziale, circa i criteri cui la curatela deve far riferimento per la selezione dell'offerta d'affitto più conveniente.

Prima di soffermarsi su *ratio*, natura e disciplina della procedura competitiva imposta per la selezione del contraente, occorre esaminare le problematiche sui criteri legali che devono orientare le scelte della curatela nell'individuazione del soggetto cui affittare l'azienda del fallito.

La disposizione di cui all'art. 104-*bis*, co. 2, 1. fall., secondo inciso, dispone che "la scelta dell'affittuario 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".

Il legislatore ha inteso stabilire i criteri legali che devono orientare le scelte del curatore: si dovrà esaminare il rilievo sistematico dei criteri menzionati, il rapporto intercorrente tra gli stessi in funzione della selezione dell'offerta più conveniente.

Tre sono gli elementi cui il legislatore attribuisce rilievo ai fini della scelta: l'entità del canone d'affitto, l'idoneità delle garanzie offerte dal potenziale affittuario e

il c.d. *business plan*. Viene menzionato poi il dato della conservazione dei livelli occupazionali, che forti dubbi suscita in ordine al ruolo che l'interesse al mantenimento dei rapporti di lavoro giochi nel procedimento di selezione del contraente, e nell'impianto complessivo dell'istituto.

Saltano immediatamente agli occhi le analogie della disposizione con quella di cui all'art. 63 d.lgs. n. 270/1999 in materia di vendita d'azienda in esercizio nell'ambito di una procedura di amministrazione straordinaria: la norma individua quali criteri di selezione del terzo acquirente l'ammontare del prezzo offerto, l'affidabilità dell'offerente e il piano di prosecuzione delle attività industriali, anche riguardo alle garanzie di mantenimento dei livelli occupazionali⁶⁵.

A fronte di tale indubbia similitudine letterale, non pochi dubbi emergono sulle ragioni che abbiano spinto il legislatore a richiamare il procedimento di selezione dell'acquirente dell'azienda in esercizio nell'amministrazione straordinaria, in ambito fallimentare non con riguardo alla procedura di vendita dell'azienda del fallito, piuttosto con riferimento alla selezione del contraente per l'affitto endofallimentare. Probabilmente la *ratio* è da individuarsi nel carattere "provvisorio" del momento gestionale nel caso dell'affitto, a fronte invece della definitività della cessione nel caso della vendita fallimentare: da ciò un minor interesse per la regolazione dei criteri da seguire nella scelta dell'avente causa, visto il minor impatto sulla procedura e il disinteresse da parte dei creditori per la sorte dell'azienda successiva all'alienazione, nel caso di vendita fallimentare; a differenza di quanto avviene per l'affitto, dove la prospettiva di retrocessione dell'azienda comporta una maggior attenzione alle capacità gestionali e imprenditoriali dell'affittuario, dalle quali dipende, in ultima analisi, l'effettiva funzionalità dell'istituto rispetto all'obiettivo di valorizzazione del compendio aziendale.

L'inserimento della disposizione nel contesto della fase liquidatoria della procedura fallimentare comporta una rimodulazione di giustificazione e significato dei criteri legali indicati: da ciò la necessità di staccarsi dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale rispetto all'esegesi dei criteri in materia di scelta dell'acquirente, per

⁶⁵ Per tutti si vedano M.G. BARTOLIN, *L'apertura*, cit., 180 ss. e L. PONTI e F. SPADETTO, *L'amministrazione*, cit., 186 ss. Procedono all'accostamento tra le due disposizioni anche L. MANDRIOLI, sub art. 104-bis, cit., 1373, nt. 34; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 538; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1090.

pervenire a interpretazioni autonome e consce delle diverse finalità delle due procedure, e dello iato tra l'istituto dell'affitto e quello della vendita dell'azienda.

A me sembra di poter ritenere che i criteri legali di selezione dell'affittuario, individuati dall'art. 104-bis, co. 2, l. fall., possano essere interpretati come espressione dei diversi interessi coinvolti nell'operazione, attribuendo loro rilievo sistematico e collocandoli nel quadro generale delle finalità dell'istituto.

Così, il criterio economico rappresentato dal canone offerto risulta sicuramente rispondente all'istanza di soddisfacimento dei creditori, in quanto con l'affitto endofallimentare si determina un incremento della massa attiva fallimentare, tramite entrate certe, salvo il rischio di inadempimento, rappresentate proprio dal corrispettivo periodicamente versato dall'affittuario per la concessione in godimento dell'azienda.

Si è sostenuto che la non rilevanza esclusiva dell'elemento del canone offerto come criterio di selezione del contraente si spieghi per la funzione non liquidatoria in senso stretto dell'affitto endofallimentare, per cui la massima realizzazione attraverso il canone d'affitto non rappresenterebbe una delle finalità dell'istituto⁶⁶.

Se è vero che finalità tipica dell'affitto non è quella liquidatoria, come conversione di beni in denaro, per cui i creditori verrebbero soddisfatti proprio tramite il canone d'affitto, si è visto che l'autonomia nelle scelte strategiche gestionali e liquidatorie del curatore e del comitato dei creditori potrebbe giustificare anche una strutturazione dell'operazione in tal senso. Anche per quest'ultimo caso, però, il legislatore ha ritenuto di dover accordare un rilievo ad altri criteri rispetto a quello meramente economico dell'entità del canone, per assicurare la buona riuscita dell'operazione, nonché in risposta a esigenze ulteriori, perseguibili tramite l'istituto, sia pur se convergenti con l'interesse al maggior soddisfacimento dei creditori.

Il criterio delle garanzie prestate, poi, risponde all'intento di ridurre al minimo i pericoli dell'operazione per la procedura. E ciò perché l'istituto dell'affitto endofallimentare si spiega proprio in un'ottica di riallocazione del rischio di impresa dai creditori all'imprenditore affittuario, ripristinando il rapporto rischio/gestione che si presenta equilibrato e giustificato nel caso dell'impresa *in bonis*. Se la prosecuzione

⁶⁶ Così, F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1629; M. GALLONE- A. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 59; in giurisprudenza, nel vigore del testo pre-riforma, per la non rilevanza assoluta dell'elemento del canone, nel caso di specie rapportato al prezzo di vendita: Trib. Monza, 14 febbraio 1992, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 528.

dell’impresa nell’insolvenza determina il gravare del rischio di esito negativo dell’attività sul ceto creditorio, privo però di poteri di ingerenza nelle scelte strategiche imprenditoriali (salvo i correttivi assicurati proprio dalla procedura concorsuale, che, come esposto, è da alcuni vista proprio in funzione di rettifica di tale asimmetrica distribuzione del rischio di impresa), l’affitto endofallimentare consente di far gravare il rischio della continuazione dell’attività su un soggetto esterno, l’affittuario, che acquista la qualità di imprenditore, con il beneficio di un incremento allo stesso tempo della massa attiva fallimentare, oltre che della valorizzazione del compendio, per i creditori. In quest’ottica il rilievo delle garanzie offerte per la selezione dell’affittuario trova ragion d’essere in una minimizzazione dei pericoli, diversi dal *business risk* ma comunque sussistenti, per la procedura, insiti nell’affitto, da quello dell’inadempimento contrattuale a quello della depressione del valore aziendale, attuando fino in fondo lo scopo precipuo dell’istituto: la riallocazione del rischio di impresa dai creditori all’affittuario, imprenditore *in bonis*.

Da ultimo, il riferimento al c.d. piano industriale sembra da interpretarsi come espressione del *favor* legislativo verso la conservazione dell’azienda nel suo complesso. L’istanza generale alla conservazione del complesso aziendale può risultare perseguita tramite l’istituto dell’affitto endofallimentare, sia pur in via occasionale, nel momento in cui risulti coincidente con l’interesse del ceto creditorio, alla massimizzazione del profitto dalla liquidazione⁶⁷. Ancora una volta, in questa direzione, si può parlare di un’ispirazione di fondo della riforma, propensa ad agevolare la continuazione e conservazione dei complessi produttivi⁶⁸.

Invece, va ritenuto residuale il criterio relativo alla conservazione dei livelli occupazionali, che assume rilevanza solo come specificazione del criterio dell’attendibilità del *business plan*, da considerare nel suo complesso e non solo in

⁶⁷ Così anche S. AMBROSINI, *L’amministrazione*, cit., 540, che afferma che la ristrutturazione dell’impresa possano essere perseguite temporaneamente nella fase di amministrazione dell’attivo, qualora il raggiungimento di tali obiettivi rappresenti una condizione fondamentale per la futura vendita.

⁶⁸ E ciò anche in risposta a istanze sovranazionali, basti pensare alla recente RACCOMANDAZIONE DELLA COMMISSIONE, *On a new approach to business failure and insolvency*, C(2014) 1500 final, e ai DOCUMENTO DI LAVORO DEI SERVIZI DELLA COMMISSIONE, *Valutazione di impatto, Accompanying the document Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency*, SWD(2014) 61 final e DOCUMENTO DI LAVORO DEI SERVIZI DELLA COMMISSIONE, *Sintesi della Valutazione di impatto, Accompanying the document Commission Recommendation on a new approach to business failure and insolvency*, SWD(2014) 62 final.

relazione all'intenzione, per quanto possibile, di assicurare il mantenimento dei rapporti di lavoro per i dipendenti dell'azienda.

Quest'ultimo appunto consente di occuparsi del problema del rapporto tra i criteri legali di selezione dell'affittuario indicati dal legislatore.

La disposizione ha suscitato alcuni dubbi circa la possibilità di evincere un ordine gerarchico da seguire tra i diversi criteri enunciati, per cui la curatela dovrebbe, nella scelta del contraente, privilegiarne alcuni rispetto ad altri; oppure considerare i criteri legali operanti sullo stesso piano, in modo da dover procedere a un contemperamento complessivo tra i diversi parametri nella valutazione delle offerte degli interessati.

Parte della dottrina ha sostenuto che i criteri indicati dal legislatore per la scelta dell'affittuario si porrebbero in rapporto gerarchico tra loro, per cui soltanto a fronte di offerte economicamente equivalenti potrebbero operare i criteri ulteriori per orientare la scelta dell'affittuario⁶⁹. Il criterio dell'entità del canone offerto, cioè, in quanto espressione dell'interesse al maggior soddisfacimento dei creditori, dovrebbe risultare prevalente sugli altri. La preferenza per il criterio economico deriverebbe anche dall'impossibilità di procedere a una comparazione tra parametri così distanti, da un punto di vista ontologico, come quelli enunciati dall'art. 104-bis, co. 2⁷⁰.

Altra parte della dottrina ha attribuito pari rilievo ai diversi criteri per la scelta del contraente, con però alcuni momenti dubbi nel ritenere, sembrerebbe, che il ruolo del parametro rappresentato dal *business plan* si risolva nell'istanza al mantenimento dei livelli occupazionali⁷¹.

⁶⁹ Per l'opinione per cui vada senz'altro preferita l'offerta che preveda il canone d'affitto economicamente più vantaggioso sembrerebbe P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 32 ss.; A. PACIELLO, sub art. 104-bis, cit., 5.

⁷⁰ Segnala le difficoltà di un contemperamento di interessi così eterogenei come quelli dei creditori e dei lavoratori in termini generali, e l'impossibilità di un successivo sindacato giudiziale della decisione dal bilanciamento derivante L. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 79.

⁷¹ Si veda L. PANZANI, *La tutela dei diritti nella liquidazione fallimentare*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di M. FABIANI, A. PATTI, Milano, 2006, 183; F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 424; L. MANDRIOLI, *Poteri, funzioni e responsabilità del nuovo curatore*, in *www.ilcaso.it*, 18 e 19. Si veda sul punto L. MANDRIOLI, sub art. 104-bis, cit., 1373, che, suscitando qualche perplessità, prima afferma "che nulla vieta che l'azienda sia affittata ad un canone inferiore rispetto alle diverse offerte nel frattempo pervenute, ovvero ai valori di mercato, a condizione però che il candidato locatore presti maggiori garanzie in termini di conservazione dei [...] livelli occupazionali", e poi, invece, continua che "mai si dovrebbe dubitare che il contratto in oggetto, quale atto strumentale alla liquidazione dell'attivo, possa sacrificare l'interesse del ceto creditorio in virtù di una superiore utilità sociale quale potrebbe essere quella del mantenimento dei complessi produttivi e della salvaguardia dell'occupazione".

Si è detto dunque che il curatore potrebbe optare per l'offerta in cui sia previsto il canone inferiore, se tale offerta sia combinata con una migliore prospettiva di conservazione dei rapporti di lavoro⁷². A sostegno di tale prospettiva, si è detto che l'offerta che preveda il canone inferiore potrebbe risultare nel caso concreto maggiormente funzionale ad una migliore valorizzazione dell'azienda⁷³, in vista della più proficua vendita.

A parere di chi scrive, si potrebbe tentare di inquadrare la questione in un'ottica differente. Bisogna in primo luogo prendere atto che il piano imprenditoriale presentato dall'offerente va valutato dagli organi della procedura nella sua complessità e non soltanto con riferimento all'aspetto relativo alla conservazione dei posti di lavoro.

Sembra possibile propendere per la tesi dell'equiordinazione⁷⁴ dei tre criteri legali di selezione dell'affittuario, che debbano venire temperati e bilanciati da parte

⁷² Si vedano F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, 1629; F. LICONTI, *L'esercizio*, cit., 424; L. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 75-76.

⁷³ Così F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, 1629; F. LICONTI, *L'esercizio*, 424; L. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 75-76. Ma tale impostazione è stata criticata perché implicherebbe una privazione di autonomia concettuale al riferimento alla tutela dei livelli occupazionali, così P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 32 ss. Contrario nettamente a tale impostazione è F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 356, che afferma che il tentativo di conciliare la conservazione dei livelli occupazionali, come criterio di valutazione delle offerte, con la finalità di massimizzazione del profitto, nell'ottica dell'interesse dei creditori, sarebbe contraddetto dall'esperienza che considera l'onere del personale dipendente una delle maggiori remore al rilancio dell'azienda. Remora della quale si sarebbe reso interprete anche il legislatore, con la previsione degli accordi sindacali in deroga al disposto dell'art. 2112 c.c., dal che addurre a ragione dell'inserimento del requisito la circostanza che l'affitto endofallimentare sia funzionale alla più proficua vendita non rappresenterebbe spiegazione appagante in quanto al fine della liquidazione ottimale a contare sarebbe solo la prosecuzione dell'attività atta ad impedire la perdita della clientela e il deterioramento degli impianti, e non la conservazione dei posti di lavoro.

La tesi non sembra però condivisibile, in quanto ancorata a una visione dell'impresa in cui il fattore-lavoro abbia un'incidenza ridotta e seriale, con facilità di sostituzione del singolo dipendente, non più coerente con la dimensione articolata del concetto di "impresa" attuale, comprendente anche realtà dinamiche in cui sempre più il momento delle *idee* e del bagaglio specifico di competenze tecnico-scientifiche o in termini reputazionali dei prestatori di lavoro, alle dipendenze dell'imprenditore, rilevi come *asset* e risultati determinante. Non per nulla F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 357, in nt. 20 tende a svalutare la tesi, sia pur espressa in forma dubitativa, di M. SANDULLI, *La crisi*, cit., 150 per cui il requisito in questione concernerebbe la conservazione del *know-how* proprio dell'azienda.

⁷⁴ Propende per l'equiordinazione dei criteri legali M. SANDULLI, sub *art. 104-bis*, cit., 612 ss., che però, pur negando la sussistenza di un ordine gerarchico tra i criteri, sostiene che "nella comparazione e temperazione degli interessi in gioco non si potrà comunque trascurare del tutto l'interesse dei creditori"; E. BERTACCHINI, *L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo*, in AA. VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, 333; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1090.

Sostengono invece la tesi della possibilità di preferire l'offerta che combini il canone inferiore con le migliori prospettive di mantenimento dei rapporti di lavoro, se nel caso concreto funzionale all'incremento di valore dell'azienda e dunque della più proficua liquidazione in blocco, F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, 1629; F. LICONTI, *L'esercizio*, 424; L. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 75-76, il quale peraltro sostiene che il comitato dei creditori debba autorizzare anche la scelta del contraente, a nostro parere

dal curatore nella selezione dell'offerta più vantaggiosa, purché però si ritenga che il piano di prosecuzione dell'attività vada valutato in tutti i suoi aspetti e non soltanto nell'analisi prospettica del mantenimento dei livelli occupazionali.

Parrebbe corretto interpretare il disposto dell'art. 104-*bis* l. fall. nel senso di una possibilità di preferenza dell'offerta che preveda un canone d'affitto inferiore, se bilanciata da una maggiore affidabilità del piano presentato, nell'ottica della prosecuzione dell'impresa tramite l'azienda, e non solo in relazione alle aspettative di conservazione dei rapporti di lavoro aziendali. Tutto ciò nella prospettiva di una coincidenza funzionale tra esigenza di massimizzazione del ricavato dalla liquidazione del patrimonio del fallito, ed istanza di mantenimento in attività del complesso aziendale.

In questa prospettiva, la scelta dell'offerta che preveda un canone d'affitto inferiore potrebbe trovar ragion d'essere se gli svantaggi derivanti dal minor canone percepito risultino compensati dai vantaggi, anche in termini prettamente economici di incremento o mantenimento di valore dell'azienda, che si risolverà in un maggior profitto dalla cessione in blocco, derivanti da un più attendibile piano di prosecuzione dell'attività.

Sembrirebbe far propendere per tale tesi il dato letterale del co. 2 dell'art. 104-*bis* l. fall. che menziona i tre criteri per la selezione dell'offerta più vantaggiosa senza individuare un ordine gerarchico tra gli stessi (a differenza di quanto avviene, ad esempio, in sede di scelta tra liquidazione atomistica e cessione in blocco del complesso aziendale, *ex* art. 105, co. 1, l. fall., dove la residualità della liquidazione individuale dei beni della massa è esplicitata dalla norma). E l'argomento per cui si tratterebbe di parametri non comparabili non convince, perché, da un lato, di difficile comprensione appare la ragione, vista l'assunta impossibilità di bilanciamento tra i criteri, di una preferenza accordata all'elemento economico, dell'entità del canone offerto; dall'altro, quello in esame non sarebbe certo episodio normativo isolato: diversi sono i casi in cui il legislatore individua dei criteri qualitativamente differenti da contemperare nella scelta di un'offerta: si pensi, ad esempio, alla disciplina in materia di procedura di

invece rimessa alla discrezionalità del curatore. La tesi ha suscitato delle perplessità perché sembra risolvere il criterio dell'attendibilità del piano imprenditoriale nell'analisi prospettica circa la conservazione dei livelli occupazionali; inoltre sembra ridurre l'istanza di protezione dei lavoratori a mera specificazione dell'interesse tipico del ceto creditorio alla valorizzazione dell'azienda, si veda P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 72 ss.

evidenza pubblica, e all'eterogeneità dei criteri per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuati dall'art. 83 del d.lgs. 163/2006; la valutazione sarà rimessa alla discrezionalità del curatore, e potrà essere oggetto di sindacato giudiziale là dove si presenti del tutto arbitraria, irragionevole o viziata da difetto di motivazione.

Da ultimo, va esaminata la questione della possibile rilevanza di criteri differenti per la selezione del contraente rispetto a quelli legali indicati dal legislatore, cui il curatore possa riferirsi nella scelta dell'offerta.

Sembra difficile ritenere che, vista l'ampiezza dei criteri legali indicati, rimanga spazio per l'individuazione di parametri ulteriori da parte del curatore⁷⁵. Ciò non toglie che il curatore sia libero di valutare in sede motivazionale anche elementi diversi rispetto al canone, alle garanzie e al piano industriale, ma solo come criteri aggiuntivi, a conferma di una scelta che, già sulla base dei criteri legali, avrebbe dovuto orientarsi per il soggetto preferito.

5.1 Il criterio dell'ammontare del canone offerto: la convenienza economica dell'operazione in termini di incremento della massa attiva come parametro per la procedura competitiva di scelta dell'affittuario

Il primo criterio per la scelta dell'offerta da parte del curatore è individuato dal legislatore nell'elemento dell'entità del canone d'affitto proposto. Il legislatore vuole che la convenienza economica dell'operazione orienti la procedura competitiva per la selezione del contraente. Emerge l'interesse al maggior soddisfacimento possibile dei creditori, perseguito tramite la massimizzazione dell'incremento della massa attiva tramite il corrispettivo per la concessione in godimento dell'azienda da parte del potenziale affittuario. Si è visto come non si possa attribuire ruolo privilegiato al canone rispetto agli altri criteri legali di selezione del contraente, per cui il curatore potrebbe anche non optare per l'offerta che preveda il canone più elevato.

Occorre soffermarsi sulle possibili configurazioni della proposta relativa al canone da pagare che il soggetto interessato all'affitto possa presentare, e quindi sulla

⁷⁵ Così invece, ma ambigualmente, A. GALLONE-M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 59.

strutturazione dell'obbligazione principale dell'affittuario, una volta selezionata l'offerta e stipulato il contratto d'affitto.

Sembrerebbe possibile prevedere il versamento in un'unica fase del canone riferendolo all'intera durata del rapporto, o ancora determinarlo in ragione di giorno, mese e anno. Il termine del pagamento dovrà essere indicato nel regolamento contrattuale, potendo anche non essere individuato già al momento dell'offerta. In assenza di una specifica clausola in tal senso opererà la disposizione di cui all'art. 1183 c.c.

Sembra dubbio se l'entità del canone possa essere parametrata alla redditività dell'azienda. La soluzione preferibile sembrerebbe positiva, purché però le condizioni del rapporto siano già individuate in sede di offerta presentata nell'ambito della procedura competitiva per la selezione del contraente.

E' vero che una parametrizzazione dell'entità del canone ai risultati dell'attività potrebbe incrementare i pericoli per la procedura, che tornerebbe a partecipare al rischio di impresa, e ciò sulla base di una valutazione riservata al solo curatore, senza l'intervento del comitato- che autorizza solo l'affitto, ma non partecipa alla scelta del contraente. Ma, a ben vedere, anche nel caso di canone parametrato alla redditività dell'impresa, si attua una riallocazione del rischio dai creditori all'affittuario: l'unico pericolo corso dal ceto creditorio sarebbe quello di non ottenere un incremento della massa attiva fallimentare, non certo quello di dover rispondere dei debiti derivanti dall'attività, con la prosecuzione dell'impresa. E, a ben vedere, se si ritiene ammissibile la stipulazione di un comodato d'azienda nel fallimento- questione su cui si tornerà a breve-, là dove non si riesca a individuare soggetti interessati all'affitto, non si vede perché non si dovrebbe ammettere la stipulazione di un contratto d'affitto con parametrizzazione del canone ai risultati dell'impresa.

Si è proposta anche l'ammissibilità di una compensazione tra canone d'affitto e debiti prededucibili del fallimento, eventualmente assunti dall'affittuario⁷⁶. Si tratta di schema che potrà essere evidenziato in sede di offerta, individuando il pacchetto debitorio che l'offerente si propone di assumere, o al contrario determinato solo al momento della conclusione del contratto, nel caso di difficoltà di quantificazione di

⁷⁶ Così F. FIMMANÒ, *sub art. 104-bis*, cit., 1747; A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 75.

determinati rapporti debitori già in sede di selezione del contraente, si pensi a debiti da permessi e ratei ferie non goduti nei confronti dei lavoratori.

Si potrebbe ipotizzare anche una compensazione tra canone e debiti del fallito, a fronte di una attestazione da parte del curatore relativa al fatto che i debiti compensati sarebbero comunque soddisfatti in corso di procedura, senza alterazione dell'ordine di graduazione dei creditori. Potrebbe infatti ipotizzarsi sul punto un'applicazione analogica dell'art. 105, ult. co. l. fall.⁷⁷ (ma sulla questione si tornerà in seguito).

Da ultimo, si può affrontare la questione dell'ammissibilità della stipulazione di un contratto di comodato d'azienda nel fallimento, in luogo dell'affitto, in assenza di un'esplicita disposizione in materia. Secondo l'impostazione tradizionale proprio l'elemento del canone d'affitto rappresenterebbe il discrimine tra la figura contrattuale oggetto del presente studio e il comodato, contratto essenzialmente gratuito.

Già prima dell'entrata in vigore della norma di cui all'art. 104-*bis*, alcune voci in dottrina⁷⁸ avevano sostenuto, l'ammissibilità, accanto all'istituto dell'affitto d'azienda, anche di un comodato d'azienda nel fallimento, facendo così riferimento ad un modello di contratto, il comodato appunto, a titolo essenzialmente gratuito. È chiaro che il comodato può essere stipulato al fine di soddisfare anche l'interesse del comodante, e non solo quello esclusivo del comodatario al godimento del bene⁷⁹. È ciò che può avvenire nel caso di comodato dell'azienda del fallito nel corso della procedura fallimentare, laddove risulta di sicura incidenza anche l'interesse del comodante a conseguire la prosecuzione dell'attività di impresa, non assumendo il relativo rischio in capo alla procedura. Dubbi però sorgono circa l'ammissibilità di un comodato d'azienda

⁷⁷ Si vedano F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1747; A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 75.

⁷⁸ In questo senso G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 295; P. BERNARDINI, *Comodato d'azienda, usufrutto d'azienda ed intrasmissibilità dell'autorizzazione di polizia*, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 1051; M. FRAGALI, *Comodato*, in *Commentario del c.c.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, 2^a ed., Bologna-Roma, 1966, 264 s.; N. VISALLI, *Locazione d'immobile*, cit., 94 n. 2; D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 149; ed in giurisprudenza App. Milano 9 giugno 1952, in *Temi*, 1964, 384; Cass. 14 luglio 1956, n. 2673, in *Giust. civ.*, 1956, I, 2045 (con specifico riferimento al fallimento G. C. M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 47; App. Napoli 29 settembre 1959, in *Dir. Fall.*, 1959, I, 986, che ha ritenuto compatibili col fallimento negozi giuridici di cessione del godimento - affitto, comodato -, ovvero di trasferimento a terzi della pura detenzione della cosa- deposito, contratto di gestione).

⁷⁹ Si veda sul punto già in tempi risalenti, A. DE MARTINI, *Sull'ammissibilità d'un comodato modale*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1944, 95; E. BRUNORI, *Del comodato*, in *Commentario del codice civile*, a cura di D'AMELIO e FINZI, Firenze, 1949, 16; F. CARRESI, *Il comodato, il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1954, 23; per la specifica materia del comodato d'azienda nel fallimento prima della riforma si veda G. C. M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 46.

anche a seguito dell'entrata in vigore della attuale disciplina in materia di affitto endofallimentare. Troppo facile soluzione sarebbe quella di far leva, in senso ostativo all'ammissibilità dell'istituto, sul criterio *ubi voluit dixit*. Più corretto parrebbe argomentare in punto di interessi, e verificare se ancora oggi possano residuare, nel panorama del sistema fallimentare *post* riforma, ragioni ed istanze meritevoli di tutela che possano giustificare la stipulazione di un tale istituto. E non può negarsi che la presenza di un corrispettivo da versare possa rappresentare elemento tale da scoraggiare l'affitto dell'azienda a un terzo, tanto più se gravata da un avviamento negativo connesso all'insolvenza del concedente. Per cui, in assenza di ostacoli normativi espressi, possono ancora ritenersi valide le conclusioni circa l'ammissibilità di un comodato di azienda nel fallimento, là dove l'esigenza di non disperdere il patrimonio aziendale tramite interruzione repentina dell'attività di impresa sia preponderante rispetto all'interesse a percepire un corrispettivo per la privazione della disponibilità del complesso aziendale⁸⁰. È sempre poi possibile che il comodato venga stipulato in attesa di individuare offerte idonee da parte di potenziali affittuari, allorché non si voglia procedere con l'esercizio provvisorio dell'impresa, per evitare il rischio di far gravare i conseguenti obblighi sulla massa attiva.

Conferme della tesi possono venire dall'esperienza tedesca: con riferimento al menzionato istituto dell'*Unternehmenspacht*, il *Pächter* subentra nella posizione giuridica del *Verpächter* verso un corrispettivo, come stabilito dalle disposizioni in materia di *Unternehmenspachtverträge*, con particolare riferimento al § 581 Abs. 1 *BGB* e, quantomeno per l'interpretazione prevalente, al § 292 Abs. 1 n. 3 *AktG*. Si danno però anche casi in cui la concessione dell'azienda avviene in assenza di un corrispettivo, come proprio nel caso di affitto disposto nell'ambito di una procedura di insolvenza.

5.2 Il criterio delle garanzie prestate, ratio della previsione in rapporto ai diversi interessi coinvolti nell'operazione.

Sul secondo criterio individuato dal legislatore, si evince il legame con l'istanza alla minimizzazione dei rischi dell'operazione contrattuale per la procedura e per il ceto

⁸⁰ Per considerazioni simili si veda F. FIMMANÒ, *La circolazione*, cit., 546 e ss.

creditorio: si fa riferimento al pericolo di inadempimento del potenziale contraente rispetto alle obbligazioni legali e contrattuali assunte. Ciò sempre nell'ottica di una qualificazione dell'istituto come strumento di redistribuzione del rischio di impresa dai creditori a un soggetto esterno alla procedura, l'affittuario, cui spettano le scelte strategiche in ordine all'attività svolta, secondo il paradigma tipico del rapporto gestione/rischio dell'impresa *in bonis*.

Si tende dunque a ridurre per quanto possibile il pericolo rappresentato dall'inadempimento delle obbligazioni legali e contrattuali assunte dall'affittuario: prime fra tutte l'obbligazione di pagamento del canone d'affitto, l'obbligo di manutenzione ordinaria dell'azienda e dei beni componenti il compendio e l'obbligo di retrocessione dell'azienda alla scadenza del contratto⁸¹.

Poco discutibile invece è che le obbligazioni da garantire siano quelle assunte dall'affittuario nei confronti della procedura, derivanti dal rapporto d'affitto, e non le eventuali obbligazioni assunte nei confronti di terzi nell'esercizio dell'attività imprenditoriale da parte del concessionario, visto che la previsione è pensata come rimedio per i rischi dell'operazione che il fallimento potrebbe correre⁸². E d'altronde il momento gestionale, come visto, competerà soltanto all'affittuario, in parallelo con il relativo rischio di impresa, secondo lo schema tipico dell'impresa solvibile: per cui non si giustificerebbe la necessità di richiedere garanzie per l'adempimento delle obbligazioni assunte nei confronti dei terzi nell'esercizio dell'impresa.

Il collegamento tra il criterio di selezione del contraente e la clausola contrattuale relativa alle garanzie prestate dall'affittuario che costituirà contenuto obbligatorio del futuro regolamento contrattuale ai sensi dell'art. 104-bis, co. 3, l. fall.

Dunque, le garanzie prestate dall'affittuario assurgono al duplice ruolo di criterio legale di scelta del contraente e di contenuto minimo obbligatorio del regolamento contrattuale: le indicazioni sul punto in sede di offerta andranno a confluire nel futuro contratto.

Ne deriva che la prestazione di alcune garanzie da parte dell'affittuario dovrebbe risultare obbligatoria in base al disposto legislativo, ai fini della selezione della relativa

⁸¹ Si veda L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1376; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1091.

⁸² Si veda L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1376; M. SANDULLI, sub *art. 104-bis*, cit., 616.

offerta da parte del curatore⁸³. Ma sembra difficile sostenere che, in caso di unica offerta presentata, non si possa procedere all'affitto, là dove manchi una previsione in merito alle garanzie prestate, già in sede di procedura competitiva. Così come, parallelamente per il contratto, perplessità sorgono in relazione alle conseguenze rispetto a una mancata previsione di garanzie, vista l'impossibilità logica del ricorso al meccanismo di integrazione automatica legale del regolamento contrattuale con le clausole inderogabili previste dalla legge nel caso di specie, stanti l'ampiezza della formulazione legislativa e la discrezionalità nell'individuare il contenuto delle garanzie, non meglio specificato⁸⁴.

Circa i requisiti che il curatore dovrà considerare nella valutazione dell'idoneità delle garanzie presentate in sede di offerta, rileverà sia l'ampiezza che il tipo di garanzia prestata, con possibilità da parte del curatore di preferire la garanzia che in via automatica e senza il necessario ricorso all'autorità giudiziaria, consenta di ottenere ristoro per la procedura dall'eventuale danno da inadempimento.

Sembra opportuno anche che il curatore individui in sede di proposta un contenuto minimo richiesto in relazione alle garanzie prestate, per poter poi valutare in maniera più ponderata l'adeguatezza della scelta⁸⁵.

Va poi rilevato come la prestazione di garanzie da parte dell'offerente sia criterio per la selezione del contraente nell'affitto endofallimentare, ma non nella vendita dell'azienda nel fallimento *ex art. 105 l. fall.*, in maniera analoga a quanto avviene per la corrispondente clausola, che vada poi a integrare il contenuto del regolamento contrattuale, quale clausola legale per l'affitto endofallimentare ma non per la vendita.

La disposizione di cui all'art. 105 l. fall. in materia di vendita endofallimentare dell'azienda non accorda alcun ruolo alle eventuali garanzie prestate dall'offerente interessato all'acquisto per le obbligazioni derivanti dal contratto.

⁸³ Ma si veda L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1376, che afferma che la migliore garanzia in ordine all'adempimento delle obbligazioni contrattuali possa essere fornita dalla stessa solidità patrimoniale dell'affittuario, desumibile dai budget, dal piano industriale e dalla capacità di credito bancario. La tesi suscita però qualche perplessità potendo finire per privare di significato prescrittivo la disposizione in esame.

⁸⁴ Si veda L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1376-1377; P. CENSONI, *Custodia ed amministrazione delle attività fallimentari*, S. BONFATTI- P. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, 96 e 97.

⁸⁵ Così A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 60.

E ciò non può spiegarsi solo in relazione al minor rischio di inadempimento che la procedura correrebbe in caso di vendita piuttosto che in caso di affitto, visto il carattere periodico del canone. Infatti, anche per il prezzo della vendita è possibile che si concordi un pagamento dilazionato, esponendo la procedura a un rischio di inadempimento da scongiurare tramite prestazione di idonee garanzie. Tanto più che l'importo del prezzo di vendita dell'azienda è normalmente superiore rispetto all'ammontare complessivo del canone d'affitto.

La ragione dunque va ricercata altrove, e più esattamente nel rilievo dell'istanza alla conservazione del valore del complesso aziendale nel caso dell'affitto endofallimentare. E' chiaro che la sorte dell'azienda a seguito della vendita è indifferente per la procedura, mentre invece, nella prospettiva di una retrocessione e successiva liquidazione, la valorizzazione del compendio aziendale è obiettivo dell'affitto. Con l'affitto si intende cioè consentire la prosecuzione dell'attività di impresa del fallito, senza però far gravare il relativo rischio sui creditori. Per questo, in riferimento all'obbligo di manutenzione dell'azienda e di retrocessione, oltre che di pagamento del canone, è previsto il correttivo della prestazione di garanzie da parte dell'affittuario.

5.3 Il piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali; necessaria presentazione in sede di offerta, struttura e valutazione.

Va poi concentrata l'attenzione sul terzo criterio legale indicato dall'art. 104-bis co. 2, per la scelta dell'affittuario: il c.d. piano industriale o *business plan*.

Come visto, tale criterio riflette il *favor* legislativo per la conservazione in attività del complesso aziendale: è l'affidabilità del programma imprenditoriale di prosecuzione dell'attività tramite l'azienda che il curatore deve valutare al fine di selezionare l'offerta più vantaggiosa. L'istanza generale al mantenimento e alla valorizzazione del compendio aziendale può perseguirsi tramite l'affitto, sia pur nella misura in cui converga con l'interesse al soddisfacimento dei creditori. In questo senso,

emerge di nuovo l'istanza del legislatore della riforma, teso a favorire la prosecuzione e conservazione in attività dell'apparato produttivo⁸⁶.

Anche in questa sede preme evidenziare che il riferimento al piano di prosecuzione dell'attività di impresa come criterio di selezione del contraente va inteso in senso ampio, e non solo limitatamente all'aspetto della tutela dei livelli occupazionali che il piano imprenditoriale propone.

Il riferimento alla necessità che l'offerta sia corredata da un *business plan* presentato dal potenziale affittuario, che contenga un'analisi prospettica circa i risultati attesi dall'esercizio dell'impresa e un esame prognostico in termini di strategie e operazioni da attuare, rappresenta una novità che va di pari passo con l'intento legislativo di fornire nuove competenze e funzioni alla figura del curatore, che deve essere in grado di comprendere portata ed affidabilità del piano industriale⁸⁷ (e d'altronde oggi l'art. 28 co. 1, lett. c l. fall. prevede che il curatore possa essere scelto tra coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento).

Circa il contenuto del documento da allegare all'offerta, il *business plan* dovrà enunciare il programma di gestione dell'azienda, con riferimento a tipologia di produzione, modalità di utilizzo dei beni strumentali, possibilità di espansione, congruità della durata del rapporto rispetto ai risultati attesi, prospettive di mantenimento dei livelli occupazionali⁸⁸.

Si discute circa le conseguenze della mancata presentazione del piano di prosecuzione dell'attività di impresa insieme all'offerta: trattandosi di un elemento volto a consentire al curatore di vagliare potenzialità e rischi dell'operazione, la sua mancanza potrebbe compromettere l'accettazione dell'offerta, e, nel caso di unico candidato, anche la stessa stipulazione del contratto.

⁸⁶ Ancora una volta si può richiamare la RACCOMANDAZIONE DELLA COMMISSIONE, *On a new approach to business failure and insolvency*, C(2014) 1500 final, e ai DOCUMENTO DI LAVORO DEI SERVIZI DELLA COMMISSIONE, *Valutazione di impatto, Accompanying the document Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency*, SWD(2014) 61 final e DOCUMENTO DI LAVORO DEI SERVIZI DELLA COMMISSIONE, *Sintesi della Valutazione di impatto, Accompanying the document Commission Recommendation on a new approach to business failure and insolvency*, SWD(2014) 62 final.

⁸⁷ Cfr. A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1097; A. GALLONE - M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 61. Si veda anche L. ABETE, sub art. 28, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 533 ss.

⁸⁸ Si veda A. GALLONE - M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 61.

Dubbi sorgono poi circa la necessità che il piano industriale venga trasfuso nel contratto, in parallelo con gli altri due criteri di selezione del contraente, il canone e le garanzie, che diverranno oggetto di specifica clausola contrattuale al termine della procedura competitiva, in sede di stipulazione del negozio. Sarebbe eccessivo ritenere che la scheda illustrativa contenente il *business plan* vada trascritta integralmente in calce o in premessa al contratto d'affitto, ma ciò non implica che non possa incidere sulla strutturazione di determinate clausole contrattuali, che comportino obblighi a carico dell'affittuario, cui siano ricollegati sanzioni in caso di inadempimento, come la decadenza dalla prelazione o la risoluzione del contratto⁸⁹.

Pertanto, il piano industriale dovrà risultare compatibile con l'inserimento del rapporto nell'ambito della procedura di liquidazione, e di tale compatibilità il curatore dovrà dar conto nell'elaborare le strategie liquidatorie in sede di redazione del programma *ex art. 104-ter*.

5.4 Il rilievo del criterio della tutela occupazionale, lo spazio riservato agli interessi dei lavoratori alla conservazione del rapporto di lavoro nell'ambito dell'affitto endofallimentare. Rilievo sistematico della previsione.

Da ultimo, va posta attenzione sull'inciso finale dell'art. 104-*bis*, co. 2, che nell'enucleare i criteri che il curatore dovrà seguire per la selezione dell'affittuario, in sede di procedimento di individuazione della controparte contrattuale, menziona il riferimento alle prospettive di mantenimento dei livelli occupazionali, ma soltanto come indicazione aggiuntiva rispetto a quella relativa all'idoneità del piano industriale da parte dell'offerente. Si tratta di capire la portata di sistema del riferimento al mantenimento dei rapporti di lavoro. A ben vedere, la previsione del criterio in esame non può costituire elemento valido, come visto, ad argomentare per una rilevanza dell'interesse alla tutela dei posti di lavoro rispetto alla decisione dell'affitto.

La considerazione è stata già avanzata in tema di esercizio provvisorio, sia pur nella consapevolezza dell'assenza di un riferimento esplicito nella norma di cui all'art. 104 l. fall. all'interesse dei lavoratori come criterio orientativo delle scelte degli organi della procedura, escludendo che il riferimento nella disciplina dell'affitto d'azienda

⁸⁹ Si veda A. GALLONE, M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 61.

potesse avere portata generalizzata e dunque costituire appiglio esegetico per i casi di prosecuzione dell'impresa del fallito in corso di procedura.

E la presenza di un esplicito riferimento in sede di disciplina dell'affitto endofallimentare non può portare a conclusioni esegetiche differenti. In primo luogo, infatti, il legislatore non fa alcun riferimento all'esigenza di mantenere i posti di lavoro come finalità dell'istituto, ma solo come criterio, per giunta residuale, per la selezione del contraente. La portata del criterio relativo al mantenimento delle prospettive occupazionali è, infatti, meramente sussidiaria; si tratta di un elemento di specificazione del più vasto parametro rappresentato dal piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale. Non si deve cadere nell'errore di ritenere i due criteri integrati⁹⁰, risolvendo la valutazione del piano industriale nello specifico aspetto della tutela e conservazione dei posti di lavoro che il piano prospetti. Il piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale, come visto, va valutato nella sua complessità e non soltanto con riferimento alla parte relativa al mantenimento dei livelli occupazionali.

Sembra dunque potersi affermare che il riferimento alla prospettiva di conservazione dei livelli occupazionali ha rilievo solo in caso parità di canone e garanzia offerte, là dove unico criterio di scelta rimanga l'attendibilità del piano: solo in questo caso l'aspetto relativo al mantenimento dei posti di lavoro potrebbe risultare decisivo.

Non può però da ciò certo desumersi un rilievo sistematico generale del riferimento alla conservazione dei rapporti di lavoro. Come visto, il riferimento alle aspettative preservative dei livelli occupazionali non può assurgere a istanza tutelata dall'affitto endofallimentare, qualificandosi, invece, come elemento da tenere in conto per far propendere la decisione del curatore per l'una o per l'altra offerta presentata dai soggetti interessati all'acquisto; si tratta di un criterio di selezione ausiliario rispetto al parametro del *business plan*, che in tal senso appare compatibile con la struttura di fondo della normativa, in quanto poco incidente sugli altri interessi coinvolti

⁹⁰ Si vedano, però, F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1629; F. LICONTI, *L'esercizio*, cit., 424; L. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 75- 76.

nell'operazione ⁹¹, e comprensibile alla luce della funzione tipica dell'affitto, prodromico rispetto alla futura vendita.

6 *La necessità di una gara per la selezione del terzo contraente: il rinvio alle modalità di cui all'art. 107 l. fall. Le forme di pubblicità. La stima.*

Per il procedimento di selezione del contraente l'art. 104-bis, co. 2, oltre all'indicazione dei criteri che devono orientare la scelta dell'affittuario prevede che il curatore debba procedere alla selezione della controparte contrattuale "a norma dell'articolo 107, sulla base di stima, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati".

In primo luogo, emerge il carattere innovativo della riforma rispetto alla prassi affermatasi nel vigore del testo previgente della legge fallimentare; in assenza di una disposizione espressa a regolare ammissibilità e disciplina dell'affitto d'azienda, il giudice delegato tendeva ad autorizzare la stipulazione di uno specifico contratto, per cui il momento della selezione del contraente precedeva, e non seguiva, la fase autorizzatoria, e la scelta dell'affittuario poteva avvenire anche per trattativa privata condotta dalla curatela, senza particolari vincoli procedurali⁹².

Il nuovo disposto dell'art. 104-bis, co. 2, introduce una procedura competitiva per la scelta del contraente, che può aver luogo solo ad autorizzazione già ottenuta, e riserva la competenza a dirigere tale fase in via esclusiva al curatore.

La curatela dovrà stabilire, nell'ambito delle snelle prescrizioni imposte dal legislatore, regole e disciplina della procedura per la selezione dell'affittuario, e la scelta del contraente spetterà in via esclusiva al curatore, senza l'intervento di altri organi della procedura⁹³.

⁹¹ Così anche P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 32 ss. che però sembrerebbe giungere alla non condivisibile conclusione per cui andrebbe senz'altro preferita l'offerta che preveda il canone d'affitto economicamente più vantaggioso.

⁹² Si veda, però, già nel vigore del testo pre-riforma, L. PANZANI, *Affitto*, cit., 922, che riteneva dovesse comunque espletarsi una procedura per la selezione del miglior affittuario, garantendo un minimo di pubblicità.

⁹³ Si veda, però, L. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 75, nt. 12, che ritiene che per la scelta del contraente sia necessario il parere favorevole del comitato dei creditori, che non si limiterà ad autorizzare la sola decisione dell'affitto.

Tre sono gli elementi su cui concentrare l'analisi: a) il richiamo alla procedura competitiva per la vendita endofallimentare *ex art. 107 l. fall.*, per individuarne portata ed effetti; b) il riferimento alle forme di pubblicità adeguate; c) l'elemento della stima.

a) E' noto come il legislatore nel riformare le procedure di vendita della massa attiva fallimentare, abbia abbandonato l'ormai obsoleto richiamo alle norme in tema di esecuzione forzata del codice di procedura civile, per approdare a snelle e deregolate procedure, la cui concreta determinazione è affidata alla discrezionalità della curatela.

Si è visto come tali innovazioni si inquadrino in una mutata concezione della fase liquidatoria, caratterizzata da una diversa prospettiva esegetica sia sul concetto di "beni" da liquidare, sia sulla nozione stessa di liquidazione come fase integrante necessariamente un momento gestionale, che coincide, per l'azienda, con la prosecuzione dell'impresa.

A un sistema che imponeva la scelta obbligata di uno dei due corni del bivio tra vendita di beni mobili, *ex art. 106 l.fall.*, testo previgente, o di beni immobili, di cui all'art. 108 l. fall., testo previgente, si sostituiscono tecniche di cessione in blocco che valorizzano i beni appartenenti ad apparati unitari, in primo luogo l'azienda, con il suo carattere funzionale all'esercizio dell'impresa.

Al rigido sistema imperniato sul rinvio all'esecuzione forzata del codice di procedura, si sostituiscono schemi aperti a nuove e innovative tecniche⁹⁴, in una dimensione privatistica delle modalità di liquidazione, nel senso di un accesso a forme di cessione tipicamente privatistiche; il che però non deve portare a impropri accostamenti con la vendita volontaria e a sottovalutare dunque il momento "concorsuale" e "pubblicistico" della procedura⁹⁵.

Ma a fronte del rinvio alle procedure di cui all'art. 107 l. fall., occorre indagare quali siano i connotati salienti di tali modalità liquidatorie.

E' il carattere "competitivo" da ritenersi essenziale nella disciplina in esame, nei

⁹⁴ Si veda la Relazione illustrativa alla riforma della legge fallimentare, dove si legge che l'art. 107 mira "a conseguire l'obiettivo del massimo realizzo secondo modelli di speditezza, flessibilità e trasparenza, totalmente slegate dai rigidi schemi procedurali previsti per le esecuzioni individuali, e, quindi, non più ancorate alle anacronistiche distinzioni basate sulla natura mobiliare o immobiliare dei beni".

⁹⁵ Si veda M. PERRINO, *Le cessione in blocco*, cit., 240 ss. Per l'ampia deformalizzazione della procedura che conduce all'affitto fermi restando gli obiettivi principali di evitare il depauperamento del compendio dei beni aziendali F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 1627. Sul punto anche P. LICCARDO E G. FEDERICO, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 1784

cui confronti si pone in rapporto di strumentalità la prevista necessità di assicurare “con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati”.

Non vengono dunque predeterminate le modalità da adottarsi, purché ne venga assicurata la natura “competitiva”.

In tale direzione, è possibile interrogarsi sulle caratteristiche “minime” della procedura⁹⁶, in vista dell’obiettivo della massima competitività.

Si tratta, è stato osservato, di “garantire adeguate forme di pubblicità delle modalità e condizioni di vendita ed assicurare la competizione sia nella formulazione delle offerte iniziali che nella possibile successiva gara”⁹⁷.

Di conseguenza debbono sicuramente ritenersi ammissibili procedure all’asta, ma probabilmente anche procedure senza incanto ed a trattativa privata⁹⁸, e ciò in particolare per l’affitto ancor più che per la vendita dell’azienda, viste le caratteristiche di celerità che deve presentare la procedura di scelta dell’affittuario, per non compromettere le funzionalità dell’istituto, di salvaguardia del compendio aziendale.

Tutto ciò purché sia sempre garantita la possibilità di competizione: da ciò, sembrerebbe desumersi l’inammissibilità di “procedure che prevedano offerte a buste chiuse e si concludano senza un’ulteriore gara, ovvero che, in caso di inadempimento dell’originario aggiudicatario, non consentano il subingresso del secondo miglior offerente”⁹⁹.

Dei dubbi fa invece sorgere la cosiddetta “licitazione privata”, la gara cioè fra offerenti preselezionati, in questo senso risultando incidente la selezione a monte delle offerte, che potrebbe essere attuata in modo “competitivo”.

Va comunque precisato che il curatore dovrebbe indicare le modalità con cui intende procedere alla gara per la selezione del contraente già in sede di proposta d’affitto¹⁰⁰.

In materia di vendita è poi previsto che il curatore possa avvalersi “di soggetti specializzati”, rendendosi possibile, ad esempio, la delega a professionisti, come del

⁹⁶ Cfr. F. IOZZO, *La liquidazione*, cit., 273.

⁹⁷ Cfr. F. IOZZO, *La liquidazione*, cit., 273 e ss.

⁹⁸ Da non considerarsi più, dunque, viziata da nullità nel caso di beni immobili, come riteneva invece Cass., 24 febbraio 2004, n. 3624, in *Fall.*, 2005, 3, 291.

⁹⁹ Cfr. F. IOZZO, *La liquidazione*, cit., 273 e ss.

¹⁰⁰ Così A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 63.

resto deve ritenersi nell'ipotesi *ex art. 534 bis c.p.c.* per l'espropriazione mobiliare ed *ex art. 591 c.p.c.* per l'espropriazione immobiliare. Sembrerebbe che tale disposizione possa applicarsi anche all'affitto, sia pur compatibilmente con le esigenze di celerità della procedura.

Sembrerebbe invece da negarsi l'applicabilità all'affitto della disposizione di cui all'art. 107, co. 2, l. fall., che prevede l'opzione per le forme tradizionali dell'esecuzione forzata individuale, disponendo che il curatore possa prevedere nel programma di liquidazione "che le vendite dei beni mobili, immobili e mobili registrati vengano effettuate dal giudice delegato secondo le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili"¹⁰¹.

In nessun caso le gare per l'affitto trovano regolamentazione nel codice di procedura civile, a differenza di quanto avviene per la vendita: da ciò l'incompatibilità della summenzionata disposizione con l'affitto endofallimentare.

Ciò non implica che la procedura competitiva non possa in alcun modo tenersi davanti al giudice delegato, purché però a quest'ultimo venga riconosciuto eventualmente soltanto un ruolo "notarile", escludendo la possibilità che sia lo stesso giudice a scegliere il contraente, competenza riservata per espressa previsione legislativa al curatore¹⁰².

Ancora non applicabile all'affitto endofallimentare sembrerebbe la disposizione di cui all'art. 107, co. 5, che consente al curatore di "sospendere la vendita ove pervenga offerta irrevocabile d'acquisto migliorativa per un importo non inferiore al dieci per cento del prezzo offerto"¹⁰³. La norma infatti sembra legata al rilievo decisivo per la vendita endofallimentare dell'elemento del prezzo, mentre, come visto, nella scelta dell'affittuario il canone d'affitto gioca sì un ruolo, ma non va considerato come unico criterio, né come criterio preferenziale, per la selezione dell'offerta più vantaggiosa.

Ciò non toglie che il curatore possa procedere alla sospensione della stipulazione del contratto, nel caso in cui gli pervenga una nuova offerta, a seguito della conclusione della procedura competitiva, che potrebbe risultare più vantaggiosa per la procedura, purché rispondente ai requisiti indicati nella proposta o nel programma di liquidazione,

¹⁰¹ Si veda M. PERRINO, *Le cessioni*, cit., 111.

¹⁰² Così A. GALLONE-M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 64.

¹⁰³ Sul punto si veda: M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; P. LICCARDO e G. FEDERICO, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 1795 e ss.

assolvendo però ad obblighi informativi e motivazionali nei confronti del comitato dei creditori e del giudice delegato.

Diverso rispetto all’istituto della sospensione è quello della revoca dell’affitto, che sembrerebbe richiedere una nuova istanza, analoga ma di contenuto opposto a quello della proposta *ex art. 104-bis*, co. 1, l. fall., o, nel caso in cui sia stato approvato il programma di liquidazione, la presentazione di un supplemento di programma *ex art. 104-ter*, co. 5, l. fall. Sembra, infatti, necessario che il curatore proceda all’affitto programmato e autorizzato (salvo impossibilità per mancanza di offerte idonee), e che, nel caso in cui mutate esigenze della fase liquidatoria impongano di non procedere più alla stipulazione del contratto, la curatela debba ottenere una nuova e opposta autorizzazione sul punto da parte del giudice delegato, previo parere favorevole del comitato¹⁰⁴.

Non troverà applicazione per l’affitto endofallimentare, inoltre, la disposizione di cui all’art. 107, co. 3, l. fall., che prevede che “per i beni immobili e gli altri beni iscritti nei pubblici registri, prima del completamento delle operazioni [...] è data notizia mediante notificazione da parte del curatore, a ciascuno dei creditori ipotecari o comunque muniti di privilegio”¹⁰⁵. La norma si spiega in ragione del possibile pregiudizio che possa derivare al creditore munito di una causa legittima di prelazione dalla vendita del compendio aziendale, in cui sia ricompreso il bene gravato dal diritto, per la mancata liquidazione individuale del bene con assegnazione del ricavato al prelazionario.

b) Riguardo alle “adeguate forme di pubblicità” che il curatore dovrà garantire, in funzione strumentale rispetto “alla massima informazione e partecipazione degli interessati”, va rilevato come la curatela debba uscire dai tradizionali schemi pubblicitari ricorrenti nella prassi, per rispondere anche tramite la ricerca di canali nuovi al requisito dell’adeguatezza, considerando il rilievo concreto della singola procedura, differenziando gli strumenti di pubblicità utilizzati, in vista del carattere locale, nazionale o internazionale della gara, anche in ragione di tipologia, mercato geografico e settore merceologico dell’azienda¹⁰⁶.

¹⁰⁴ In questo senso anche A. GALLONE- M. RAVINALE, *L’affitto*, cit., 66.

¹⁰⁵ In senso conforme, A. GALLONE- M. RAVINALE, *L’affitto*, cit., 66.

¹⁰⁶ Si veda in argomento L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1372; M. SANDULLI, sub *art. 104-bis*, cit., 615; B. ROVATI, *L’esercizio*, cit., 212; A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione*, cit., 597.

Le forme di pubblicità sono funzionali “alla massima *partecipazione e informazione* degli interessati”.

Il requisito partecipativo è soddisfatto rendendo conoscibile e accessibile a tutti i potenziali interessati l’esistenza della procedura, anche se in concreto solo un soggetto, al limite, presenti l’offerta.

L’elemento dell’informazione va distinto invece dal momento pubblicitario, comportando oneri ulteriori per la curatela, di informazione nei confronti dei soggetti che in concreto abbiano presentato un’offerta¹⁰⁷. Si è ipotizzato un obbligo di fornire dati ulteriori rispetto all’elenco dei componenti aziendali corredati da stime, come ad esempio informazioni su clientela, modalità di produzione, *know how*, precedenti piani industriali. Tutto ciò renderebbe necessario per la curatela eventualmente cautelarsi con la sottoscrizione di impegni alla riservatezza da parte dell’offerente “informato”, con previsione di penali in caso di violazione.

c) Un ultimo accenno va fatto alla stima, su cui, stando alla lettera della legge, dovrebbe essere basata la procedura di selezione dell’affittuario. A ben vedere, la stima va considerata come alla base delle condizioni patrimoniali e in alcuni casi anche contrattuali, che potranno condurre alla stipulazione del contratto, più che della procedura di scelta del contraente in sé.

Ma qual è l’oggetto della stima? Va ritenuto che la stima sia diretta alla determinazione del canone d’affitto¹⁰⁸, non potendo coinvolgere la delimitazione del perimetro dell’azienda affittata, trattandosi quest’ultimo di atto del curatore.

7 *La stipulazione del contratto: questioni in merito alla forma.*

Quale forma dovrà rivestire il contratto d’affitto dell’azienda endofallimentare?

Il legislatore ne ha previsto la conformazione all’art. 2556 c.c., regolante il trasferimento volontario, come modificato nel secondo comma dall’art. 6 della l. 12 agosto 1993, n. 310, in forza del quale i contratti aventi per oggetto il trasferimento

¹⁰⁷ Si veda sul punto L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1372; M. SANDULLI, sub *art. 104-bis*, cit., 615; B. ROVATI, *L’esercizio*, cit., 212; A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione*, cit., 597.

¹⁰⁸ Così anche L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1372.

della proprietà di un’azienda o la sua concessione in godimento, quando conclusi tra imprese soggette a registrazione ai sensi degli artt. 2195 e 2200 c.c., devono rivestire la forma autentica (atto pubblico o scrittura privata autenticata) e quindi richiedono necessariamente l’intervento del notaio, il quale ne dovrà curare anche il deposito presso il registro delle imprese.

Com’è noto, la forma scritta è richiesta dalla norma codicistica esclusivamente *ad probationem*, e non a pena di nullità, salva l’osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l’azienda o per la particolare natura del contratto.

La disposizione di cui all’ultimo inciso dell’art. 2556 co. 1 c.c. si applica senz’altro nel caso nel compendio aziendale siano presenti beni immobili.

Ma non solo, là dove siano ricompresi anche marchi e brevetti, si rende altresì necessaria la trascrizione presso l’ufficio italiano brevetti e marchi, ai sensi dell’art. 138, lett. b), D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30¹⁰⁹.

Si è sostenuto, condivisibilmente, che il ruolo del notaio nel caso di specie sia quello di “professionista” e non di “delegato”, richiesto dalle parti (curatore o affittuario) di ricevere atti pubblici e di espletare determinati incarichi¹¹⁰. A ben vedere, infatti il notaio sarebbe chiamato a redigere il contratto, espletata la necessaria procedura competitiva, quale professionista scelto dalle parti, sulla base di un rapporto fiduciario, e quindi con relativi costi a loro carico, “senza alcun ruolo endo-procedimentale, ma nella sua più pura funzione di pubblico ufficiale rogante”¹¹¹. Per cui dovrà limitarsi ad acquisire tutta la documentazione necessaria contenuta nel fascicolo del fallimento, e procedere a un controllo di legalità, fino alla stipula del contratto, mediante il quale viene concessa all’affittuario l’azienda, in base a quanto pianificato con il programma di liquidazione (o anche prima, se ritenuto opportuno dal curatore), e determinato con la procedura competitiva, in perfetta coerenza con la scelta legislativa

¹⁰⁹ Così S. AMBROSINI, *L’amministrazione*, cit., 540; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1375; A. STEFANI, *Il trasferimento di azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*, in www.ilfallimentarista.it.

¹¹⁰ Così, A. STEFANI, *Il trasferimento*, cit., 8; si veda anche P. D’ADAMO, *I diversi possibili ruoli del notaio nella fase di liquidazione della nuova procedura fallimentare*, in *Studi e Materiali CNN*, Milano, 2011.

¹¹¹ Così, A. STEFANI, *Il trasferimento*, cit., 8.

volta all'introduzione di tecniche privatistiche per la fase liquidatoria della procedura fallimentare¹¹².

8 Il contenuto tipico del contratto d'affitto; le ragioni che hanno spinto il legislatore a comprimere l'autonomia negoziale per prevedere clausole legali; inderogabilità delle clausole tipiche; conseguenze sul piano della validità del contratto in caso di mancata previsione delle clausole tipiche.

L'autonomia contrattuale della parti, in relazione all'affitto d'azienda stipulato nell'ambito della procedura fallimentare, trova limitazioni non solo nel momento decisionale, in relazione alla libertà di contrarre o meno, o nel momento della scelta della controparte contrattuale da parte della procedura, ma anche in relazione alla determinazione del regolamento contrattuale.

Il regolamento contrattuale in riferimento all'affitto endofallimentare non è espressione dell'autonomia delle parti, nella composizione dell'assetto di interessi sottesi all'operazione negoziale, ma è, almeno in parte, predeterminato dal legislatore, che impone l'inserimento nel contratto di determinate clausole, che assurgono a contenuto minimo obbligatorio del contratto¹¹³.

La previsione di un contenuto minimo imperativo del contratto d'affitto si spiega in ragione del particolare oggetto del contratto, il compendio aziendale del fallito, e per l'inserimento dell'operazione nell'ambito di una procedura coattiva di liquidazione, come momento gestionale necessario a garantire la sopravvivenza del bene azienda.

Non solo: l'affitto endofallimentare, come già cercato di sostenere, va considerato come strumento volto a conciliare la continuazione dell'impresa con l'imputazione del relativo rischio a un terzo estraneo alla procedura, in modo da non farlo gravare sui creditori; e ciò in reazione allo squilibrio nel rapporto gestione/rischio che si registra appena l'impresa versi in stato di insolvenza, e nonostante l'attività venga portata avanti. Con l'affitto si ritorna al tradizionale paradigma che ricollega il

¹¹² Così, G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1662; M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.; A. STEFANI, *Il trasferimento*, cit., 8

¹¹³ Così F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 438.

riconoscimento del potere gestorio con l’assunzione del rischio d’impresa, tipico dell’impresa *in bonis*, evitando che tale rischio ricada invece su soggetti sforniti di poteri di controllo o ingerenza nella gestione dell’attività come i creditori.

Per raggiungere pienamente tale obiettivo di redistribuzione del rischio di impresa, il legislatore ha inteso sterilizzare i pericoli che possano residuare nell’operazione dell’affitto endofallimentare per la procedura, e dunque, in ultima analisi, per il ceto creditorio.

I correttivi ai rischi dell’operazione sono individuati dall’art. 104-*bis* l. fall., in riferimento al momento dinamico dell’esecuzione del rapporto contrattuale, nel contenuto minimo del contratto¹¹⁴: diritto di recesso per la curatela, prestazioni di

¹¹⁴ A ben vedere, il contenuto necessario del contratto è da integrare anche con le disposizioni in materia di affitto previste da norme settoriali, come quelle emanate recentemente in materia di transazioni immobiliari.

La prima riguarda la materia di riforma catastale, facendosi riferimento all’art. 19 D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni in l. 30 luglio 2010, n. 122: nel comma 15 del suddetto articolo, intitolato appunto “Aggiornamento del catasto”, si legge che “la richiesta di registrazione di contratti, scritti o verbali, di locazioni o affitto di beni immobili esistenti sul territorio dello Stato e relative cessioni, risoluzioni e proroghe anche tacite, deve contenere anche l’indicazione dei dati catastali degli immobili. La mancata o errata indicazione dei dati catastali è considerata fatto rilevante ai fini dell’applicazione dell’imposta di registro ed è punita con la sanzione prevista dall’articolo 69 del decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131”. Sul punto A. STEFANI, *Il trasferimento*, cit., 8 ss., fa notare che “la norma, contenuta nel titolo II denominato “Contrasto all’evasione fiscale e contributiva”, è uno degli ormai numerosi esempi di precetti emanati nell’ottica di recupero del sommerso nel nostro Paese e comporta che la mancata o errata indicazione dei dati catastali in un contratto di affitto di azienda, che ovviamente comprenda al suo interno beni immobili, equivale ad una omessa richiesta di registrazione, con l’applicazione di una sanzione amministrativa che varia da un minimo del 120% ad un massimo del 240 % dell’imposta dovuta, con la conseguente sicura responsabilità tanto del curatore che del notaio rogante”.

La seconda fattispecie riguarda invece la sfera della certificazione energetica, per la quale va fatto riferimento al D.Lgs. 19 agosto 2005, n. 192, emanato in attuazione della direttiva 2002/91/CE relativa al rendimento energetico nell’edilizia, recentemente modificato dal D.Lgs. 3 marzo 2011, n. 28, a sua volta emanato in attuazione della direttiva comunitaria 2009/28/CE sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili. La certificazione energetica si inserisce all’interno di un quadro normativo alquanto articolato ed è ulteriormente complicato dal fatto che è stato demandato alle singole Regioni il compito di darne attuazione in concreto. A livello nazionale, l’art. 6 D.Lgs. 192/2005, prevede a carico del proprietario l’obbligo di dotazione dell’attestato di certificazione energetica, redatto da un tecnico abilitato ed iscritto in appositi albi, per gli immobili di nuova costruzione al termine della realizzazione nonché per tutti gli immobili in caso di trasferimento a titolo oneroso; il comma 2 ter dello stesso articolo, inoltre, dispone poi che “nei contratti di compravendita o di locazione di edifici o di singole unità immobiliari è inserita apposita clausola con la quale l’acquirente o il conduttore danno atto di aver ricevuto le informazioni o la documentazione in ordine alla certificazione energetica degli edifici”. La seconda parte dello stesso comma aggiunge che “nel caso di locazione, la disposizione si applica solo agli edifici e alle unità immobiliari già dotate di attestato di certificazione energetica ai sensi dei commi 1, 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*”, facendo pensare che non rientrino in tale normativa gli immobili che, appunto, non siano già dotati del relativo attestato. Si è però sottolineato (ancora A. STEFANI, *Il trasferimento*, cit., 8) che “la legge nazionale va necessariamente integrata dalle singole normative

idonee garanzie da parte dell'affittuario per l'adempimento delle obbligazioni contrattuali, e diritto di ispezione dell'azienda da parte del curatore¹¹⁵.

Il diritto di recesso e il diritto di ispezione sembrano rappresentare correttivi ai rischi di una gestione fallimentare o, al limite, maliziosamente tendente a deprimere il valore del complesso aziendale, da parte dell'affittuario¹¹⁶.

Le garanzie sono invece correttivi volti a ridurre il rischio di inadempimento delle obbligazioni derivanti dalla legge o dallo stesso contratto d'affitto dell'affittuario.

L'appartenenza dell'azienda al patrimonio fallimentare ha un'incidenza sulla libertà di determinazione delle scelte strategiche attinenti all'impresa dell'affittuario.

Non può dimenticarsi che l'oggetto del contratto d'affitto è un bene, l'azienda, che costituisce, nella maggior parte dei casi, l'entità più rilevante della massa attiva da liquidarsi. L'affitto deve mirare alla valorizzazione del compendio per il

regionali e pressoché tutte le Regioni che hanno provveduto a dare attuazione al D.Lgs. 192/2005 hanno fatto rientrare tutti gli immobili in tale impianto normativo, senza distinzione alcuna. Occorrerà, pertanto, distinguere i casi in cui le Regioni non hanno ancora dato attuazione alla normativa nazionale, per i quali unico riferimento resta la normativa nazionale stessa, da quelli in cui, invece, le Regioni hanno provveduto ad emanare una disciplina specifica: in questa seconda ipotesi il notaio ed il curatore dovranno necessariamente preoccuparsi di svolgere un'indagine approfondita della normativa di settore, in modo da adeguare il testo contrattuale a quanto richiesto dalle autorità regionali ed evitare le eventuali sanzioni previste per il caso di mancata documentazione o allegazione, ove prevista, del relativo attestato”.

Per quanto riguarda la normativa nazionale, le disposizioni in materia di certificazione energetica relative alla locazione di immobili troverebbero applicazione anche nel caso di cessione di azienda o di affitto di azienda contenente il contratto di locazione dei locali in cui viene svolta l'attività aziendale, quando detti locali siano di proprietà del cedente o dell'affittante l'azienda (Così A. STEFANI, *Il trasferimento*, cit., 8 ss.). Per quanto riguarda la normativa regionale, invece, non è possibile illustrare in questa sede quanto emanato dalle singole Regioni.

¹¹⁵ Ritiene che il contenuto minimo obbligatorio sia previsto “a garanzia del ceto creditorio”, “prefiggendosi l'obiettivo principe di prevenire i rischi che potrebbero derivare dalla stipula del sinallagma” L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1375; F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 425. Per una visione delle clausole legali obbligatorie come disposizioni attribuenti diritti strumentali a garantire un controllo sulla gestione dell'azienda e conservazione da parte dell'affittuario, in vista della futura cessione in blocco, A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1091. Si esprime in termini di norme a carattere informativo e di tutela del contraente debole del rapporto, considerata la curatela, A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione dell'attivo*, in *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di P. PAJARDI- A. PALUCHOSWKY, Milano, 2008, 597.

¹¹⁶ Per la qualificazione del recesso come correttivo per le esigenze della procedura L. MANDRIOLI, sub *Art. 104-bis*, cit., 1378; D. BENZI, *L'affitto d'azienda*, in *Fallimento e altre procedura concorsuali*, G. FAUCEGLIA, L. PANZANI, Torino, 2009, 1184; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 286, che osserva che la curatela possa decidere di recedere nell'ipotesi di un'offerta vantaggiosa ma limitata nel tempo ovvero nella circostanza in cui la gestione non sia soddisfacente, evitando però di ricorrere a una contestazione dell'inadempimento; E. QUARANTA, *La liquidazione dell'attivo*, in *Fallimento e concordati*, a cura di P. CELENTANO, E. FORGILLO, Torino, 2008, 788, che muovendo dalla compatibilità del contratto in esame con le esigenze della liquidazione fallimentare, ammette come condizione di recesso l'avvenuta alienazione dell'azienda.

soddisfacimento dei creditori, ed è proprio tale funzione a imporre la compressione degli spazi di discrezionalità dell'affittuario nella determinazione delle strategie imprenditoriali.

Da un lato, si impone all'affittuario già in via generale, in ragione del tipo contrattuale, un obbligo di non mutare la destinazione economica dell'attività, nonché un obbligo di mantenere l'efficienza dell'organizzazione e le normali dotazioni di scorte, in base al combinato disposto degli artt. 2561 e 2562 c.c.

Dall'altro, entra in gioco il contenuto minimo obbligatorio del contratto, già individuato: diritto di recesso, garanzie, diritto di ispezione.

Le clausole relative al diritto di recesso, alle garanzie e al diritto di ispezione vanno considerate inderogabili: da ciò la loro necessaria previsione nel contratto, e l'invalidità delle clausole difformi eventualmente previste dalle parti.

Nel caso di omessa previsione di tali clausole, per il recesso e il diritto di ispezione opererà senza dubbio il meccanismo dell'integrazione legale del contratto *ex art.* 1339 c.c., con inserimento automatico nel regolamento contrattuale delle clausole imperative di cui sopra¹¹⁷. Più complesso è invece il problema, su cui si tornerà in seguito, nel caso di mancata prestazione di garanzie per l'inadempimento delle obbligazioni legali o contrattuali da parte dell'affittuario¹¹⁸.

Allo stesso modo, nel caso di clausole difformi, esclusa la nullità del contratto, si ricorrerà al rimedio della nullità parziale *ex art.* 1419 c.c., con la sostituzione della clausola nulla con quella imposta *ex lege*¹¹⁹.

E' fatta comunque salva la possibile responsabilità del notaio che abbia redatto l'atto, *ex art.* 28 l. not.¹²⁰, e del curatore *ex art.* 38 l. fall., nonché la possibilità di una sua revoca *ex art.* 37 l. fall.

¹¹⁷ Così anche A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1091; A. GALLONE-M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 86; A. STEFANI, *Il trasferimento d'azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*, in www.ilfallimentarista.it;

¹¹⁸ Per la invalidità dell'intero contratto P.F. CENSONI, *Custodia*, cit., 96 e 97.

¹¹⁹ Così anche L. MANDRIOLI, sub *art.* 104-bis, cit., 1376; P.F. CENSONI, cit., 96 e 97; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 542. Per una generale sostituzione di tutte le clausole obbligatorie, E. QUARANTA, *La liquidazione*, cit., 787; B. ROVATI, *L'esercizio provvisorio*, cit., 214; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1091, quest'ultimo richiamando per le garanzie l'art. 1349 c.c., sulla determinazione dell'oggetto del contratto da parte di un terzo, sostenendo che la concreta determinazione delle garanzie da prestare da parte dell'affittuario sarà determinata, in mancanza di espressa previsione pattizia, dal giudice delegato.

¹²⁰ Si veda A. STEFANI, *Il trasferimento d'azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*, in www.ilfallimentarista.it.

8.1 Il diritto del curatore di procedere alla ispezione dell'azienda come clausola contrattuale; finalizzazione dell'ispezione al solo eventuale esercizio del diritto di recesso o possibilità di interventi correttivi sulla gestione dell'azienda da parte degli organi della procedura.

Il diritto di ispezione è la prima delle clausole legali inderogabili previste dall'art. 104-*bis*, co. 2, l. fall.

E' stato sostenuto¹²¹ che la previsione in esame sarebbe superflua in quanto il diritto di ispezione per il concedente spetterebbe comunque in applicazione della disciplina generale del contratto d'affitto, con riferimento al disposto di cui all'art. 1619 c.c., che disciplina il c.d. diritto di controllo del locatore, in forza del quale il concedente può accertare in ogni tempo, anche con accesso in luogo, se l'affittuario osserva gli obblighi che gli incombono. Tra il diritto di ispezione e il diritto di controllo ex art. 1619 c.c. non sarebbero individuabili differenze contenutistiche.

A ben vedere, però, da un lato, la disposizione dell'art. 104-*bis*, co. 2, potrebbe essere utile a chiarire il carattere senz'altro inderogabile della clausola che preveda il menzionato diritto.

Inoltre, sembra si possa tentare di trovare spazi di rilevanza della norma fallimentare, che andrebbe interpretata nel senso che ne determini una qualche autonomia, e non nella direzione di una sua sovrapposizione *in toto* con la disposizione relativa al contratto tipico disciplinato dal codice civile, a privarla di utilità applicativa.

E tale spazio di autonoma rilevanza potrebbe rinvenirsi proprio nel collegamento con il diritto di recesso attribuito al curatore, a delimitazione del suo ambito di esercizio. Il diritto di ispezione potrebbe essere cioè prodromico all'esercizio del diritto di recesso da parte della curatela, che andrebbe motivato dunque, là dove non trovi ragione nell'evoluzione della liquidazione, che rappresenta alveo naturale dell'istituto, e quindi alla presentazione di un'offerta di vendita difficilmente rinunciabile o comunque di una proposta per la rapida conclusione della procedura connessa alla cessione dell'azienda, si pensi a una domanda di concordato fallimentare, proprio in base alle

¹²¹ Così A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 78.

risultanze dell’ispezione e all’eventuale accertamento di eventi patologici, che possano anche non integrare inadempimenti da parte dell’affittuario, ma che evidenzino una gestione imprenditoriale negativa che comporti un depauperamento del valore del compendio affittato, riscontrato proprio in sede di ispezione¹²². Il diritto di ispezione diventerebbe in questa chiave funzionale al diritto di recesso, e come tale si spiegherebbe il suo inquadramento tra i rimedi ai possibili rischi della vicenda circolatoria.

Andrebbe poi esaminata la possibilità che la procedura, riscontrate delle problematiche in sede di ispezione nella gestione imprenditoriale dell’affittuario, impartisca delle direttive in ordine all’esercizio dell’attività, o incida eventualmente con raccomandazioni sulle scelte strategiche dell’affittuario in corso di rapporto; ma tale impostazione potrebbe suscitare alcune perplessità, soprattutto in relazione alla configurazione tipica del contratto d’affitto, che instaura una situazione statica di godimento dell’azienda per la procedura, mentre l’esercizio dell’attività imprenditoriale andrebbe riservata in via esclusiva all’affittuario.

Riguardo poi alla struttura della clausola, competerà alle parti l’individuazione di modalità e tempi dell’ispezione¹²³: è possibile, ad esempio, che si conceda il libero accesso ai periti della procedura, incaricati di redigere un inventario preciso dei beni componenti l’azienda ai fini della sua stima¹²⁴.

¹²² Ritiene che il diritto di ispezione sia funzionale alla verifica da parte della curatela dello stato di conservazione del complesso produttivo concesso in affitto, e più in generale, della correttezza e conformità della gestione rispetto al programma di prosecuzione dell’attività imprenditoriale, allo scopo di scongiurare il pericolo di un deprezzamento dell’azienda che potrebbe derivare da una gestione negligente da parte dell’affittuario, L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1375. Lo stesso richiama anche la natura di correttivo per i rischi della procedura, ricollegandolo alla possibilità del curatore di agire per la risoluzione per inadempimento. Nello stesso senso M. SANDULLI, sub *art. 104-bis*, cit., 616. Si vedano anche F. LICONTI, *L’affitto*, cit., 425; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 288; S. AMBROSINI, *L’amministrazione*, cit., 541.

¹²³ Così, L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1375; C. MIELE, sub *art. 104-bis*, in *La legge fallimentare*, a cura di M. FERRO, Padova, 2007, 768.

¹²⁴ Così L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1375; A. PALUCHOWKY, *La liquidazione*, cit., 597. Per l’inutilità di una tale previsione espressa, essendo implicita nel diritto di ispezione concesso alla curatela la possibilità di procedere all’accesso nell’azienda anche tramite ausiliari della procedura: A. GALLONE-M. RAVINALE, *L’affitto*, cit., 65.

8.2 La prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge.

In parallelo con la previsione relativa ai criteri di selezione del contraente, tra i quali come visto vengono individuate le garanzie promesse dall'offerente, anche in materia di contenuto minimo obbligatorio del contratto d'affitto è prevista la prestazione di idonee garanzie da parte dell'affittuario.

Le indicazioni nell'offerta sul punto, determinanti per la selezione del contraente, confluiscono nel contenuto del regolamento contrattuale, assurgendo al rango di obbligazioni per l'affittuario.

La previsione risponde ancora una volta all'esigenza di sterilizzare i rischi dell'operazione contrattuale per i creditori: si fa riferimento al pericolo di inadempimento del potenziale contraente rispetto alle obbligazioni legali e contrattuali assunte. E ciò per valorizzare l'affitto in vista di una riallocazione del rischio dai creditori a un soggetto esterno alla procedura, l'affittuario, cui spetta in via esclusiva il potere gestorio in ordine all'attività svolta, secondo il paradigma tipico del rapporto gestione/rischio dell'impresa *in bonis*.

L'obiettivo dell'esonero dal rischio del ceto creditorio si attua tramite la compressione del pericolo di inadempimento: si fa riferimento all'obbligazione di pagamento del canone d'affitto, all'obbligo di manutenzione ordinaria dell'azienda e dei beni componenti il compendio e all'obbligo di retrocessione dell'azienda alla scadenza del contratto, in capo all'affittuario.

Ciò che va di sicuro escluso, in ragione della competenza esclusiva del momento gestionale dell'impresa, è la necessità che l'affittuario debba prestare delle garanzie alla procedura, per l'adempimento delle future obbligazioni che verranno contratte nell'attività. E, d'altronde, la procedura non risponderà di tali obbligazioni, che graveranno sul conduttore in via esclusiva, per cui non si vedrebbe la ragione di una preventiva garanzia da parte dell'imprenditore-affittuario, per di più prestata nei confronti della curatela.

Riguardo ad ampiezza e tipologia di garanzie prestabili, sicuramente ammissibili vanno ritenute le fideiussioni bancarie¹²⁵, mentre dubbi fanno sorgere le polizze assicurative, vista la diffidenza degli operatori in ragione della loro difficile escussione¹²⁶. Nulla vieta poi che le garanzie in concreto pattuite siano costituite da depositi di somme di denaro, garanzie prestate da terzi e non necessariamente dal conduttore, piani di capitalizzazione di soci¹²⁷, garanzie reali su beni o crediti. E, d'altronde, sembrano idonee rispetto al disposto dell'art. 104-bis, co. 2, l. fall., anche garanzie atipiche¹²⁸.

Non sembra potersi condividere, invece, in quanto svuoterebbe di significato la previsione di un contenuto minimo obbligatorio del contratto, l'opinione per cui valide garanzie in ordine all'adempimento delle obbligazioni legali o contrattuali possano essere rappresentate anche dalla stessa "solidità patrimoniale del conduttore dell'azienda, desumibile dai bilanci, dai *budget*, dai piani industriali, nonché dalla capacità di ricorrere al credito bancario, e, più in generale, dalle caratteristiche imprenditoriali di tale soggetto"¹²⁹.

8.2.1 (segue) conseguenze in caso di mancata prestazione delle garanzie promesse.

Va a questo punto affrontato il tema delle conseguenze in caso il contratto d'affitto nulla preveda in materie di garanzie prestate dall'affittuario, in violazione del disposto di cui all'art. 104-bis, co. 2, l. fall.

Come visto in caso di mancata previsione del diritto di recesso e diritto di ispezione opererà senza dubbio il meccanismo dell'integrazione legale del contratto *ex* art. 1339 c.c., con inserimento automatico nel regolamento contrattuale delle clausole

¹²⁵ Per D. BENZI, *L'affitto*, cit., 1184, la forma di garanzia più adottata sia di certo la fideiussione a prima richiesta di un importo adeguato e con possibilità di opporre eccezioni.

¹²⁶ Si veda M. SANDULLI, sub *art. 104-bis*, cit., 616.

¹²⁷ Così, A. GALLONE-M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 81.

¹²⁸ Si veda M. SANDULLI, sub *art. 104-bis*, cit., 616; A. GALLONE-M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 81; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1376.

¹²⁹ Così, invece, testualmente L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1376.

imperative di cui sopra¹³⁰. La soluzione si presenta più problematica, nel caso di mancata prestazione di garanzie per l'inadempimento delle obbligazioni legali o contrattuali da parte dell'affittuario. Tutto ciò in ragione del fatto che la clausola relativa alla prestazione delle garanzie necessita di concreta conformazione negoziale: per cui sembra difficile il ricorso al meccanismo di sostituzione automatica. Per il principio di conservazione degli effetti del contratto, e per il grave pregiudizio che potrebbe derivarne per la procedura, va esclusa la tesi per cui l'omissione della clausola in questo caso si riverberi in invalidità dell'intero contratto¹³¹.

Secondo altra tesi la mancata prestazione delle garanzie promesse comporterebbe la necessità di applicare il disposto dell'art. 1349 c.c., sulla determinazione dell'oggetto del contratto da parte di un terzo, per cui la concreta determinazione delle garanzie da prestare da parte dell'affittuario sarà determinata, in mancanza di espressa previsione pattizia, dal giudice, contemperando gli interessi delle parti¹³².

La tesi appare non convincente, in quanto il richiamo all'art. 1349 c.c. non appare appropriato nel caso di specie, trattandosi del mancato inserimento di una clausola legale, il cui contenuto debba essere necessariamente configurato negozialmente, e non della non determinazione dell'oggetto del contratto, rimessa a un terzo.

¹³⁰ Così anche A. PATTI, *L'affitto dell'azienda*, cit., 1091; A. GALLONE-M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 86; A. STEFANI, *Il trasferimento d'azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*, in www.ilfallimentarista.it; S. BONFATTI-P. CENSONI, *Lineamenti*, cit., 58 ss.

¹³¹ Per la invalidità dell'intero contratto P. CENSONI, *Custodia*, cit., 96 e 97 e F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 359, il quale sostiene che non si potrebbe parlare di nullità parziale, perché qui non verrebbe in rilievo la contrarietà a norma imperativa di singole clausole ma la loro mancata inserzione. La tesi però non sembra convincente, perché far derivare una conseguenza talmente drastica e in potenza pregiudizievole per la procedura dalla mancata previsione di una clausola, che proprio a garanzia della procedura sembra richiesta dal legislatore sembra incoerente. Fa leva sull'argomento del carattere non imperativo della norma per escludere che l'intero contratto vada ritenuto nullo non potendosi ricorrere al meccanismo della nullità parziale e sostituzione automatica della clausola nulla con quella legale, L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1377: il rilievo però non convince, in quanto, da un lato, non qualunque violazione di ogni norma imperativa, com'è noto, dà luogo a invalidità del contratto, dall'altro, escludere il carattere imperativo della clausola comporterebbe l'impossibilità di riferirsi anche al meccanismo della nullità parziale *ex art. 1419 c.c.*, non risultando ostativo solo dell'invalidità dell'intero negozio.

¹³² Per la tesi si veda A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1091; A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 89. Per una generale sostituzione di tutte le clausole obbligatorie, E. QUARANTA, *La liquidazione*, cit., 787; B. ROVATI, *L'esercizio*, cit., 214.

Preferibile invece ritenere che, la mancanza della clausola relativa alle garanzie non abbia conseguenza sul piano della validità del negozio, ma su quello della responsabilità del curatore e del notaio rogante l’atto¹³³.

8.3 Il diritto di recesso del curatore dal contratto; procedimento; natura del diritto di recesso; condizioni.

Il diritto di recesso consente al curatore di tornare sulla scelta dell’affitto rispetto al momento della stipulazione del contratto, durante l’esecuzione del rapporto contrattuale.

Non è previsto un particolare procedimento autorizzatorio, per l’esercizio del diritto di recesso. Dalla lettera della legge risulta sufficiente “sentire” il comitato dei creditori, alludendosi a un parere obbligatorio ma non vincolante del comitato¹³⁴. Sembra, poi, ammissibile il reclamo *ex art. 36 l. fall.* avverso l’atto di esercizio del recesso da parte della curatela¹³⁵.

Il recesso va considerato come correttivo di ampia portata, visto che consente lo scioglimento unilaterale dal vincolo contrattuale, là dove la curatela ritenga l’operazione non più conveniente, per sterilizzare i rischi dell’operazione.

In materia di recesso suscita forti dubbi la questione del carattere condizionato o meno del diritto potestativo in esame.

Dal tenore letterale dell’art. 104-*bis*, sembra non farsi riferimento ad alcuna condizione, cui il recesso sia subordinato. Si è ipotizzato che il curatore possa esercitare il diritto di recesso sia in occasione di eventi inerenti al rapporto, patologici (con un possibile concorso con la risoluzione nel caso in cui rappresenti reazione a un inadempimento di controparte) o fisiologici (si pensi all’andamento negativo

¹³³ Così anche L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1377; S. AMBROSINI, *L’amministrazione*, cit., 542.

¹³⁴ Così anche M. SANDULLI, sub *art. 104-bis*, cit., 616; *contra* alla luce della *ratio* e dello spirito della riforma, e in parallelo con il parere per la disposizione dell’affitto, per la natura vincolante del parere L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1379, che richiama anche la natura di atto di straordinaria amministrazione dell’esercizio del recesso e il disposto dell’art. 35 l. fall.; E. QUARANTA, sub *art. 104-bis*, cit., 500; F. LICONTI, *L’affitto*, cit., 425.

¹³⁵ Così, anche, L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1380; C. MIELE, sub *art. 80-bis*, in *La legge fallimentare*, a cura di M. FERRO, Padova, 2007, 608.

dell'attività di impresa che comporti in prospettiva una perdita di valore del compendio affittato), sia in occasione di eventi connessi alla liquidazione (è il caso di proposte di vendita in corso di rapporto, o, per un altro possibile esempio, di domande di concordato condizionate alla concessione dell'azienda al proponente o assuntore), sia, da ultimo, in occasione di eventi esterni o positivi dell'affittuario (come congiunture economiche favorevoli che rendano più conveniente l'esercizio provvisorio rispetto all'affitto).

Ma proprio su questo punto è forse possibile proporre un'interpretazione del dato legislativo differente.

Il punto di partenza va ricercato nella collocazione del recesso tra gli strumenti di sterilizzazione dei rischi dell'affitto endofallimentare, e nell'intento di ripristinare il tradizionale rapporto gestione/rischio tipico dell'impresa *in bonis*. Il rischio dell'operazione non dovrà gravare sui creditori, ma sul solo affittuario: allo stesso tempo però andrà garantito il legittimo affidamento dello stesso, sulla solidità dell'operazione, e sulla possibilità di far propri i profitti dell'attività in utile, anche per incentivarlo a investire sull'azienda. In questo senso, la previsione dell'indennizzo da corrispondere da parte della curatela in caso di recesso non sembra sufficiente a tutelare l'interesse dell'affittuario.

Vanno dunque riviste le conclusioni in ordine alle condizioni legittimanti il recesso. Il diritto potestativo di sciogliersi dal vincolo contrattuale non può essere riconosciuto alla curatela incondizionatamente. Depone infatti per una scelta esegetica differente sia la collocazione del diritto di recesso tra le clausole che costituiscano il contenuto minimo obbligatorio del contratto, sia la possibilità di un suo collegamento funzionale con il diritto di ispezione. In questo senso, come in parte già visto, il recesso potrebbe essere considerato come mezzo di reazione a eventuali situazioni patologiche riscontrate nella gestione dell'impresa da parte dell'affittuario nel corso della gestione.

In questa nuova ottica, sembrerebbe corretto ammettere la legittimità del recesso della curatela nel caso di eventi inerenti al rapporto contrattuale patologici (come rimedio, eventualmente in concorso con la risoluzione del contratto, a un inadempimento di controparte) o fisiologici (come una gestione fallimentare dell'attività di impresa che comporti in prospettiva una dispersione degli *asset* ancora positivi dell'azienda affittata, anche se sul punto la valutazione della situazione deve essere

particolarmente rigorosa, anche alla luce dell’attribuzione del potere gestorio al solo affittuario soggetto su cui grava in via esclusiva il rischio di impresa).

La legittimità del recesso andrebbe poi riconosciuta anche in un’altra serie di situazioni, in particolare valorizzando l’affitto endofallimentare come tecnica di gestione dell’impresa nella fase liquidatoria, in via tipica funzionale alla cessione in blocco dell’azienda. In questa direzione, condizione del recesso potrebbe essere il fatto che alla curatela sia pervenuta un’importante offerta di acquisto per l’azienda¹³⁶, o altri eventi relativi alla liquidazione, come ad esempio la presentazione di una domanda di concordato condizionata alla concessione dell’azienda al proponente o assuntore. Peraltro, nel caso di offerta d’acquisto, al recesso dovrebbe seguire l’espletamento da parte del curatore della procedura competitiva di vendita *ex art. 107 l. fall.*, con possibilità anche da parte dell’affittuario di presentare un’offerta se interessato.

Va invece negata la legittimità di un recesso di mero “pentimento”: il curatore non potrà, sembra, esercitare il recesso solo in quanto l’impresa dell’affittuario abbia un andamento sul mercato positivo, sia per le capacità manageriali dell’affittuario, sia per congiunture economiche favorevoli. Il fatto cioè che, in base a un’analisi prospettica dei risultati economici dell’attività, l’esercizio provvisorio divenga più conveniente per la procedura rispetto all’affitto non può giustificare in sé l’esercizio del diritto di recesso.

L’incremento della redditività dell’impresa e il ritorno alla produzione di utili d’esercizio costituiscono proprio l’evoluzione fisiologica “sperata” dell’operazione. L’affittuario che decida di proseguire nell’attività, ottenendo in concessione l’azienda, crede nelle possibilità di ripresa dell’impresa del fallito, scevra dei debiti pregressi e sotto una nuova gestione imprenditoriale, la propria. Consentire al curatore di esercitare il diritto di recesso allorché il progetto imprenditoriale dell’affittuario abbia esito positivo significherebbe frustrare le aspettative e il legittimo affidamento della propria controparte contrattuale, negando anche quel minimo di stabilità al vincolo contrattuale, che potrebbe spingere un soggetto a presentare un’offerta d’affitto, con scontati esiti

¹³⁶ Si veda V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 288 che sostiene che il curatore possa esercitare il recesso in caso di offerta vantaggiosa ma limitata nel tempo ovvero nella circostanza in cui la gestione non sia soddisfacente, evitando però di ricorrere a una contestazione dell’inadempimento; E. QUARANTA, *La liquidazione*, cit., 788, che prendendo le mosse dall’inserimento del contratto nella fase liquidatoria, ammette come condizione di recesso l’avvenuta alienazione dell’azienda; L. MANDRIOLI, *sub art. 104-bis*, cit., 1379, che vede il recesso più che come “rimedio all’inadempimento dell’affittuario” come strumento volto ad “eliminare qualsiasi ostacolo che potrebbe frapporsi all’alienazione del compendio produttivo”; F. LICONTI, *L’affitto*, cit., 425; S. AMBROSINI, *L’amministrazione*, cit., 541.

pregiudizievoli rispetto agli incentivi a investire sull'azienda da parte dell'affittuario, nonché a finanziare il piano imprenditoriale da parte di terzi.

8.3.1 (segue) il giusto indennizzo da corrispondere in caso di recesso del curatore, natura e quantificazione.

Occorre, a completamento dell'analisi in materia di recesso, soffermarsi sull'elemento del "giusto indennizzo", che l'art. 104-bis, co. 3, l. fall. prevede doversi corrispondere da parte della procedura in caso di esercizio del diritto di recesso.

Proprio la previsione legislativa del giusto indennizzo quale corrispettivo per l'esercizio del diritto a carico della procedura, ha indotto a sostenere che il rimedio del recesso non risponda *in toto* alle istanze di garanzia sottese all'istituto, potendo generare una forte conflittualità¹³⁷; si è proposta in alternativa *de iure condendo* l'introduzione di clausole di scioglimento in caso di vendita o di recesso a favore del fallimento¹³⁸; ma, da un lato, tali clausole potrebbero essere introdotte soltanto in via convenzionale, con il necessario consenso dell'affittuario, dall'altro, non può negarsi che l'ampiezza del rimedio del recesso (sia pur a fronte dell'obbligo di indennizzo, che in qualche modo vincola la procedura) sia maggiormente efficace come correttivo rispetto a ipotesi di scioglimento condizionate alla sola fattispecie della vendita dell'azienda, eventualmente esercitabili anche dall'acquirente.

La previsione del giusto indennizzo pone però l'interprete di fronte al problema relativo alla sua natura e quantificazione.

Riguardo al primo punto, andrà a costituire debito prededucibile, per espressa previsione dell'art. 104-bis, co. 2, che rinvia all' art. 111, co. 1, n. 1, l. fall.

Deve però escludersene la natura privilegiata, non integrandosi la fattispecie di cui all'art. 2764 c.c., relativa ai crediti del locatore di immobili, norma eccezionale non estensibile analogicamente, come ogni disposizione istitutiva di diritti di prelazione¹³⁹. Conferma indiretta si rinviene nelle disposizioni relative ai contratti pendenti al momento della dichiarazione di fallimento, stante il richiamo dell'art. 2764 c.c. da parte

¹³⁷ Così, F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 448.

¹³⁸ Sul punto F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 448.

¹³⁹ Così Cass. 9 agosto 1973, n. 2339, in *Giust. Civ.*, 1974, I, 1, 71 e Trib. Torino, 7 febbraio 1997, in *Giur. it.*, 1998, 743.

dell'art. 80 l. fall., ma non dell'art. 79 l. fall., che disciplina l'affitto dell'azienda del fallito preesistente all'apertura della procedura.

Problematica è poi la qualificazione del diritto di recesso nei termini di cui all'art. 1373 c.c., che prevede l'analoga figura negoziale. Proprio la natura di clausola legale del diritto di recesso sembrerebbe ostativa alla subordinazione dell'efficacia del recesso *ex art. 104-bis* co. 2 l. fall., alla corresponsione del corrispettivo come avviene per il recesso contrattuale oneroso ai sensi del già menzionato art. 1373 c.c.¹⁴⁰. D'altronde, come si vedrà a breve, è possibile che l'indennizzo non sia predeterminato già al momento della stipulazione del contratto, per l'affitto endofallimentare, a differenza di quanto avviene nel caso della disciplina codicistica, per cui il momento dell'efficacia dello scioglimento dal vincolo verrebbe addirittura postergato al momento della determinazione, eventualmente giudiziale, dello stesso, in caso di conflitto tra le parti, il che sembra eccessivo, rispetto al disegno del legislatore, di *favor* per la procedura.

Va, quindi, affrontata la questione della eventuale necessità di predeterminare l'indennizzo per il recesso già al momento della stipulazione del contratto, cosicché anche la previsione dell'indennizzo andrebbe a costituire contenuto minimo obbligatorio, imposto *ex lege*, del contratto d'affitto.

Depone per la soluzione negativa, da un lato, l'assenza di intervento del giudice delegato al momento della stipulazione del contratto, in forza dell'anticipazione del momento autorizzatorio alla fase della decisione, sul se procedere all'affitto o meno. Il giudice si troverebbe dunque a dover ammettere al passivo un debito prededucibile, predeterminato in misura fissa dalla curatela e dalla controparte contrattuale. Il curatore peraltro avrebbe l'onere di determinare l'importo dell'indennizzo, senza un'autorizzazione sul punto del giudice delegato, possibilmente in maniera avulsa dalle circostanze concrete che abbiano condotto al recesso e alla situazione dell'azienda al momento dell'esercizio del diritto potestativo. Imporre una tale soluzione come obbligo sembrerebbe eccessivo.

Dall'altro, il richiamo alla necessità di un parere obbligatorio sull'esercizio del recesso da parte del comitato sembra rimettere la determinazione dell'indennizzo dovuto a un momento successivo all'esercizio del recesso.

¹⁴⁰ Allo stesso modo L. MANDRIOLI, *sub art. 104-bis*, cit., 1381.

Ma se va negata l'*obbligatorietà* della determinazione convenzionale dell'indennizzo, va anche segnalata l'*opportunità* di una predeterminazione pattizia quantomeno dei relativi criteri di commisurazione, che valga a scongiurare contenziosi sul punto¹⁴¹; e sembra possa pattuirsi anche la rinuncia preventiva all'indennizzo da parte dell'affittuario¹⁴², ritenuto che solo il diritto di recesso in favore della procedura abbia carattere inderogabile, e non anche il correlato obbligo di corresponsione dell'indennizzo.

Altra ma connessa problematica è quella relativa alla qualificazione dell'indennizzo come "giusto".

La valutazione legislativa in termini di "giustizia" non sembra creare problemi in relazione ad una possibile determinazione dell'indennizzo per il recesso rimessa all'autonomia negoziale delle parti del contratto, già in sede di stipulazione del contratto, o in un momento successivo all'esercizio del diritto di recesso.

Per orientarsi nell'individuazione dei criteri di quantificazione del giusto indennizzo si può richiamare l'apparato interpretativo, giurisprudenziale e dottrinale, formatosi, nel vigore del testo pre-riforma, sul disposto dell'art. 80 l. fall., in materia di indennizzo dovuto dalla procedura nel caso di subentro nella locazione, nella posizione del conduttore, e successivo recesso. Anche in questo caso la norma prevedeva la corresponsione di un "giusto indennizzo" al locatore. La determinazione dell'indennizzo era rimessa alla motivata discrezionalità del giudice delegato, in caso di dissenso tra le parti.

Al riguardo si riteneva che tale indennizzo dovesse essere proporzionato alla durata residua del contratto, pur senza stabilire un'automatica connessione con i canoni versandi¹⁴³, o ancora con riferimento ad altre circostanze obiettive, come le difficoltà per trovare un nuovo conduttore. In assenza di un accordo delle parti la valutazione era rimessa al giudice delegato in un autonomo procedimento di accertamento del passivo ai sensi dell'art. 93 l. fall.¹⁴⁴.

¹⁴¹ Così, C. MIELE, sub *art. 104-bis*, cit., 769. Per la predeterminazione contrattuale dell'indennizzo, o comunque per la sua facile determinabilità: M. SANDULLI, sub *art. 104-bis*, cit., 616; A. PALUCHOWKY, *La liquidazione*, cit., 598.

¹⁴² Si veda sul punto C. MIELE, sub *art. 104-bis*, cit., 769; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1379.

¹⁴³ Sul punto Cass. 26 gennaio 1999, n. 694, in *Fall.*, 2000, 70.

¹⁴⁴ Si vedano Trib. Roma, 4 febbraio 1999, in *Fall.*, 1999, 682 e Trib. Torino, 19 maggio 1994, in *Fall.*, 1994, 1197.

Il criterio della durata residua del rapporto è sicuramente utilizzabile anche per il recesso dal contratto d'affitto *ex art. 104-bis*, co. 2, l. fall.; così come valida rimane la possibilità di riferirsi a circostanze obiettive ulteriori come le prospettive reddituali dell'azienda, o al "margine di guadagno che l'affittuario si riprometteva di trarre dall'esecuzione del contratto"¹⁴⁵. Le indicazioni a livello procedimentale, poi, sembrerebbero importabili anche nel panorama normativo attuale¹⁴⁶.

9 Possibili esempi di clausole atipiche; compatibilità e incompatibilità di determinate clausole con la disciplina legale.

A fronte del contenuto minimo obbligatorio del contratto, imposto *ex lege* dall'art. 104-*bis*, co. 2, l. fall., la sopravvivenza del momento contrattuale nell'affitto endofallimentare consente all'autonomia privata delle parti di determinare l'assetto di interessi meglio rispondente alle loro esigenze, a composizione del regolamento contrattuale. Così le parti rimangono libere di inserire nel contratto d'affitto clausole atipiche, la cui validità va vagliata caso per caso, in ragione dell'inserimento del contratto nella fase liquidatoria, come strumento di gestione provvisoria dell'impresa del fallito.

Per alcuni esempi di clausole elaborate dalla prassi per il contratto d'affitto endofallimentare, è possibile ipotizzare la previsione di un obbligo di presentare un'offerta nella procedura competitiva per la vendita in blocco dell'azienda da parte dell'affittuario¹⁴⁷.

In questo caso, è stata discussa l'ammissibilità di un'imputazione dei canoni già corrisposti in conto prezzo per il futuro acquisto dell'azienda da parte dell'affittuario offerente. Una parte della dottrina ha contestato la legittimità di una clausola siffatta, in

¹⁴⁵ Così, F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1631. Si vedano anche A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 82 ss.; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1381, che sembra prendere in considerazione persino "la mancata percezione degli utili netti limitatamente però al minor intervallo tra la durata residua del contratto ed il tempo ragionevolmente indispensabile per procurarsi un simile insieme di beni; C. MIELE, sub *art. 80-bis*, cit., 607.

¹⁴⁶ Per la determinazione dell'indennizzo da parte del giudice delegato, in caso di dissenso delle parti, sentiti gli interessati, come espressione della volontà del legislatore di permettere alla curatela di sciogliersi dal contratto senza esporre la procedura a "ingiustificate e ingenti richieste di risarcimento", L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1381; E. QUARANTA, *La liquidazione*, cit., 785.

¹⁴⁷ Si veda B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2013, 715; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1377-1378; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 71 e 72; A. GALLONE-M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 134 ss.

quanto determinerebbe la conversione del contratto d'affitto, sul piano causale, in contratto di comodato, modificando le condizioni contrattuali sulla cui base era stata data l'autorizzazione del giudice delegato e il parere favorevole dei creditori, e alterando la concorrenza tra gli offerenti nella procedura competitiva per la futura cessione in blocco dell'azienda, consentendo all'affittuario di presentare un'offerta ad un prezzo più elevato, imputando a una parte del prezzo quanto già corrisposto a titolo di canone¹⁴⁸.

La tesi positiva¹⁴⁹ però si fa preferire: riguardo alla problematica relativa al procedimento autorizzatorio dell'affitto, basterebbe che il curatore desse conto di tale possibilità nella proposta, garantendo poi adeguata pubblicità e informazione sul punto agli offerenti nella procedura competitiva per la scelta dell'affittuario. Peraltro, alla luce della già ritenuta ammissibilità del comodato gratuito endofallimentare, anche nel panorama normativo vigente, non si vedrebbe perché negare la legittimità di un affitto con imputazione dei canoni al futuro prezzo di vendita, purché però sia dato adeguato conto di tale possibilità, come visto, da parte della curatela, lungo l'*iter* autorizzatorio. Circa invece alla questione relativa al pregiudizio arrecato ai concorrenti in sede di procedura di vendita, va notato come il vantaggio per l'affittuario si giustifichi in virtù del precedente rischio assunto nella conduzione dell'impresa. E, d'altronde, se il legislatore consente l'attribuzione di un diritto di prelazione convenzionale sull'azienda all'affittuario, si deduce la non contrarietà del disegno legislativo a clausole che attribuiscono un vantaggio al precedente conduttore, nella successiva procedura competitiva per la selezione dell'acquirente dell'azienda.

In risposta all'esigenza di incentivare gli investimenti sull'azienda da parte del conduttore, ed evitare tentazioni "depressive" del valore del compendio, in vista di una sua possibile futura acquisizione, l'obbligo per l'affittuario di presentare una proposta irrevocabile e garantita di acquisto dell'azienda, specie in caso di concessione del diritto di prelazione, con predeterminazione del corrispettivo d'acquisto, delle condizioni

¹⁴⁸ Così C. MIELE, sub *art. 104-bis*, cit., 1179 ss.

¹⁴⁹ In questo senso, A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione*, cit., 950; A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 136.

offerte in base al valore di stima dell’azienda, e di una bozza di accordo con i sindacati sulla conservazione almeno parziale dei rapporti di lavoro¹⁵⁰.

Ancora, alla luce del disposto di cui all’art. 2561, co. 2 e 4, c.c. che disciplina l’obbligo di conservazione delle normali dotazioni di scorta e di regolamento in denaro ed ai valori correnti della differenza tra consistenze di inventario, è possibile prevedere la prestazione di determinate garanzie sul punto specifico da parte dell’affittuario. E’ possibile che all’affittuario venga concesso in conto vendita il magazzino, o che il conduttore sia obbligato ad acquistare le rimanenze di magazzino, scorte o merci, o ancora i beni patrimoniali a valori prestabiliti del compendio a valori. E’ stato precisato sul punto¹⁵¹ che, se il magazzino rientra nell’oggetto del contratto d’affitto, sarà indispensabile prevedere le modalità di regolazione delle differenze di inventario alla scadenza del rapporto, nonostante comunque, gli interessi della procedura siano più tutelati nel caso di accordo di vendita delle merci da utilizzarsi per l’impresa da parte del conduttore, in modo da evitare il rischio di dispersione o sottrazione delle merci¹⁵².

Ancora nel caso di migliorie e addizioni da parte dell’affittuario all’azienda, è possibile che si concordi l’acquisto in proprietà al conduttore dei propri apporti all’azienda, che altrimenti rimarrebbero acquisiti dal fallimento, salvo il diritto alla differenza tra consistenze di inventario per il conduttore, e la facoltà di asportarli, purché separabili¹⁵³.

Ammissibile anche una clausola che preveda un divieto di subaffitto per il conduttore o di cessione del contratto¹⁵⁴.

Sembra compatibile con la disciplina di cui all’art. 104-bis l. fall. anche l’introduzione di una clausola di scioglimento automatico del contratto in caso di revoca del fallimento¹⁵⁵, “al fine di temperarne gli effetti, ed evitare che l’imprenditore tornato

¹⁵⁰ Si veda in giurisprudenza nel panorama pre-riforma Trib. Monza, 14 febbraio 1992, cit., 525 e nello stesso senso Trib. Milano, 8 gennaio 1996, in *Dir. fall.*, 1996, II, 150; in dottrina, F. FIMMANÒ, sub art. 104-bis, cit., 1630; ID., *L’affitto*, cit., 447; B. BAESSATO, sub art. 104-bis, cit., 715.

¹⁵¹ Così S. AMBROSINI, *L’amministrazione*, cit., 543; L. MANDRIOLI, sub art. 104-bis, cit., 1378.

¹⁵² Si vedano S. AMBROSINI, *L’amministrazione*, cit., 543; L. MANDRIOLI, sub art. 104-bis, cit., 1378.

¹⁵³ Si veda B. BAESSATO, sub art. 104-bis, cit., 715; F. FIMMANÒ, sub art. 104-bis, cit., 1632; ID., *L’affitto*, cit., 450; S. AMBROSINI, *L’amministrazione*, cit., 542 e 543; L. MANDRIOLI, sub art. 104-bis, cit., 1377.

¹⁵⁴ Così L. MANDRIOLI, sub art. 104-bis, cit., 1377; B. BAESSATO, sub art. 104-bis, cit., 715.

¹⁵⁵ Si veda B. BAESSATO, sub art. 104-bis, cit., 715; F. FIMMANÒ, sub art. 104-bis, cit., 1632; ID., *L’affitto*, cit., 449.

in bonis, si trovi in pratica nell' impossibilità di disporre della propria azienda"¹⁵⁶, così come la previsione di una clausola che disponga il subentro dell'affittuario nei soli contratti risultanti dalla documentazione comunicatagli¹⁵⁷.

Discussa è invece l'ammissibilità di un patto di inalienabilità dell'azienda da parte della procedura. La tesi prevalente è quella negativa in quanto una siffatta clausola non sarebbe compatibile con le esigenze della liquidazione; e d'altronde la funzionalizzazione dell'affitto alla futura vendita, secondo lo schema, ritenuto esclusivo dai più, di cui all'art. 104-*bis*, co. 1, non ammetterebbe spazio a clausole limitative della circolazione dell'azienda in corso di rapporto¹⁵⁸. Forse si potrebbe proporre un'interpretazione più aperta alle esigenze della prassi, che guardi in concreto alla struttura della clausola e al programma della liquidazione. In particolare, un divieto di alienazione dell'azienda a carico della procedura dovrebbe sicuramente contenersi entro tempi brevi; ancora, là dove si ammettesse un affitto non immediatamente finalizzato alla cessione, già pianificata, potrebbe ritenersi compatibile con la struttura dell'operazione negoziale un patto di inalienabilità, come sopra descritto.

Più difficile ammettere, invece, una clausola che attribuisca all'affittuario un diritto d'opzione, visto lo stato di soggezione in cui verserebbe la procedura, rispetto al diritto potestativo di accettare la proposta e determinare la conclusione del contratto dell'affittuario, con potenzialità compromissorie del procedimento di scelta dell'acquirente *ex art. 107 l. fall.*¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Così F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1632.

¹⁵⁷ Si veda B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 715; F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1632; ID., *L'affitto*, cit., 449; in giurisprudenza per la validità della clausola Cass., 19 giugno 1996, n. 5636, in *Not.*, 1997, 145 ss.

¹⁵⁸ Si veda B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 715; F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1632; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1377; C. MIELE, sub *art. 104-bis*, cit., 1181; A. PATTI, *L'affitto*, 1091.

¹⁵⁹ In questo senso, B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 715; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1378; C. MIELE, sub *art. 104-bis*, cit., 1181; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1091; E. QUARANTA, *La liquidazione*, cit., 787.

10 *La durata del rapporto contrattuale; il riferimento alla compatibilità con le esigenze della liquidazione dei "beni".*

Come visto, nel vigore del testo previgente della legge fallimentare, l'argomento principe, contro l'ammissibilità dell'affitto endofallimentare¹⁶⁰, era rappresentato da un presunto interesse dei creditori alla celerità della procedura e alla conclusione, nel tempo più rapido possibile, della liquidazione del patrimonio del fallito¹⁶¹. La stipulazione di un contratto d'affitto, rallentando la liquidazione, per il sorgere dell'obbligo in capo alla procedura di assicurare, per la durata del rapporto, il godimento dell'azienda all'affittuario, sarebbe stato incompatibile con le finalità liquidatorie del fallimento.

Non occorre tornare sul punto per cui interesse dei creditori non è in sé la celerità della procedura, anche a discapito del massimo realizzo, ma la valorizzazione del patrimonio del fallito.

Comunque, il rischio che l'affitto crei dei ritardi nella definizione della fase liquidatoria, scoraggiando l'avvio della procedura *ex art. 107 l. fall.* per la selezione dell'acquirente, vista la disponibilità dell'azienda da parte dell'affittuario, è avvertito dal legislatore.

Nella direzione dell'espunzione di tale rischio va considerato il riferimento alla durata del rapporto come "compatibile con le esigenze della liquidazione"¹⁶². Va detto che la norma lascia un ampio margine di discrezionalità alle parti, nel determinare la scadenza del contratto, e il rispetto della disposizione è difficilmente sindacabile in sede giudiziale. L'incertezza del dato normativo è stata giudicata da alcuni autori come suscettibile di creare un forte contenzioso¹⁶³.

¹⁶⁰ Si veda per rilievi critici in ordine all'ammissibilità dell'affitto d'azienda nel fallimento nel vigore del testo previgente della legge fallimentare, sulla scorta di argomentazioni attente alla necessità di non ostacolare o ritardare la liquidazione dei beni appartenenti alla massa attiva fallimentare, per poter soddisfare i creditori con la massima celerità possibile: P. SANDULLI, *In tema*, cit., 685 s.; R. PROVINCIALI, *Manuale*, cit., 1432; A. BONSIGNORI, *Profilo*, cit., 42, 43 n. 3; M. GRANDI, *Le modificazioni*, cit., 337.

¹⁶¹ In questa direzione si muovevano originariamente P. SANDULLI, *In tema*, cit., c. 685 s.; R. PROVINCIALI, *Manuale*, cit., 1432; A. BONSIGNORI, *Profilo*, cit., 42, 43 n. 3;

¹⁶² Si veda B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 715; F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 448; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1374.

¹⁶³ F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 448.

La norma dovrebbe condurre comunque a privilegiare scadenze brevi, eventualmente escludendo la possibilità di un rinnovo automatico del contratto¹⁶⁴.

11 Effetti del contratto: la sorte dei rapporti pendenti al momento della disposizione dell'affitto.

Dal piano della fattispecie si deve ora passare al piano degli effetti.

L'inserimento del contratto nell'ambito della fase liquidatoria della procedura fallimentare, le particolari cautele che circondano sia la fase decisionale, se contrarre o meno, sia la scelta della controparte, sia il contenuto del contratto, non sopprimono *in toto* il momento contrattuale dell'affitto, che ha un'incidenza anche nella direzione effettuale¹⁶⁵.

All'affitto endofallimentare, come fattispecie negoziale che determina una vicenda circolatoria dell'azienda, vanno applicate le norme che tale fenomeno traslativo intendono regolamentare (artt. 2556-2560 c.c., e, per l'affitto d'azienda, il combinato disposto degli artt. 2562 c.c. e 2561 c.c.). E, d'altronde, ancora valido è l'insegnamento, risalente ma autorevole, per cui la disciplina positiva del trasferimento aziendale “presenta la caratteristica di essere del tutto svincolata dalle concrete e contingenti ragioni del trasferimento, essendo essa applicabile, data la genericità, e quindi la polivalenza della normativa, ad ogni fattispecie di alienazione”¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Così, B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 715; F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 448; F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 448.

¹⁶⁵ Ciò senza sottovalutare la rilevanza che il contesto pubblicistico di esecuzione concorsuale di un patrimonio in cui si verifica la vicenda negoziale possa avere, e che d'altronde giustifica proprio la compressione dell'autonomia privata rispetto alla disposizione dell'affitto, alla selezione del contraente e alla conformazione del regolamento contrattuale. Si veda G. TERRANOVA, *Conflitti*, cit., 180 e in part. nt. 22, in cui in relazione all'utilizzo di modelli privatistici e negoziali nell'ambito della liquidazione fallimentare si afferma che “l'apparente omogeneità delle forme rispetto alle normali operazioni di mercato, non ha eliminato le differenze di disciplina: una vendita coattiva è pur sempre una vendita coattiva, anche se il contratto è stato concluso a trattativa privata”. Allo stesso modo G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1662; M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss. Ancora valido poi il rinvio a S. PUGLIATTI, *Esecuzione*, cit., *passim*.

Sul tema della rilevanza contrattuale dei negozi stipulati dalla curatela, con particolare riferimento alla vendita fallimentare, si veda, però, S. SATTA, *Istituzioni*, cit., 294, che afferma che “l'amministrazione fallimentare [...] rende la vendita del curatore molto più vicina alla volontaria e consente forme contrattuali (largamente usate nella pratica) che la vendita forzata non conosce”. Riconosce sempre natura contrattuale alle vendite forzate, A. DE MARTINI, *Profilo*, cit., 189 ss.

¹⁶⁶ Così D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 110; si veda anche G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 104.

Ai tradizionali argomenti relativi alla *ratio* di tutela dei terzi sottesa ad alcune delle disposizioni appartenenti al complesso regolatorio del fenomeno circolatorio (si pensi all'art. 2560 c.c), o alle esigenze di semplificazione degli effetti traslativi, connessa ad altre, non vanificata dalla sede giudiziaria della concessione¹⁶⁷, si aggiunge, nel vigore del testo riformato, il dato letterale.

L'art. 104-*bis*, al comma 3, richiama l'art. 2556 c.c., in materia di forma del contratto di trasferimento d'azienda, mentre, al comma 6, nel regolare gli effetti della retrocessione dell'azienda al fallimento alla scadenza del contratto, prevede disposizioni in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile, norme che dunque in linea di principio il legislatore riconosce come applicabili alla vicenda circolatoria dell'affitto endofallimentare¹⁶⁸. Senza dover menzionare le disposizioni in tema di effetti della vendita fallimentare *ex art.* 105, commi 3, 5 e 8 l. fall. che espressamente richiamano gli artt. 2556 e 2560 c.c.¹⁶⁹.

La migrazione della normativa in tema di trasferimento d'azienda nell'alveo dell'affitto disposto nell'ambito della procedura fallimentare comporta comunque questioni esegetiche, già in verità avvertite prima della riforma, su cui l'art. 104-*bis* l. fall. non è intervenuto, o è intervenuto solo in maniera parziale e insufficiente. I nodi sono rimasti in gran parte irrisolti, anche a seguito dell'intervento riformatore, lasciando all'interprete la valutazione circa la bontà delle soluzioni elaborate nel vigore del testo previgente, e la necessità di individuare nuove vie alla luce della mutata cornice normativa.

Il primo nucleo di questioni riguarda il subentro dell'affittuario nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda¹⁷⁰ pendenti, e dunque l'applicazione del disposto di cui all'art. 2558 c.c. Quasi superfluo ricordare come la norma preveda il meccanismo di

¹⁶⁷ Si veda G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 105-106, per il quale “molte delle disposizioni considerate sono d'altronde rivolte, in via prevalente se non esclusiva, a tutelare interessi di terzi, estranei al negozio traslativo dell'azienda: e non può certo assumersi che la ragione di quella particolare tutela venga meno tutte le volte che il trasferimento non sia operato da un negozio intervenuto direttamente tra le parti”. E ancora, sul punto delle istanze semplificatorie: “invero, la circostanza che il trasferimento avvenga in sede giudiziaria, nel precipuo interesse dei creditori, circondato dalle particolari cautele che conosciamo, non esclude affatto, ma semmai esalta, l'esigenza di semplificazione accennata”.

¹⁶⁸ Ma si veda per le problematiche sul tema il cap. IV.

¹⁶⁹ Sul tema M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 680 ss.; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.

¹⁷⁰ Indispensabili per l'attività di impresa, così F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 445; B. BAESSATO, sub *art.* 104-*bis*, 718.

successione automatica nei contratti aziendali¹⁷¹, a prestazioni corrispettive, interamente o parzialmente ineseguite da entrambe le parti, escludendosi quelli aventi carattere personale¹⁷².

Problematico rimane però il rapporto tra la disposizione codicistica e il complesso delle norme della legge fallimentare regolanti la sorte dei contratti pendenti al momento della dichiarazione di fallimento¹⁷³ (artt. 72 ss. l. fall.). Un coordinamento tra i due dati normativi si impone: ciò in quanto il contratto d'affitto viene stipulato dagli organi della procedura in un momento in cui è già intervenuta la dichiarazione di fallimento e dunque si sono prodotti gli effetti di cui agli artt. 72 e ss. l. fall.

In questa direzione¹⁷⁴, occorre distinguere¹⁷⁵ tra: a) contratti che si sciolgono automaticamente al momento della dichiarazione di fallimento di una delle due parti (es.

¹⁷¹ Anche nell'ordinamento tedesco è problematica la sorte dei contratti aziendali e le modalità di un'eventuale cessione degli stessi. Regole particolari si rinviengono ai §§ 613a *BGB* e 102 Abs. 2 *VVG* per la successione nei contratti di lavoro e assicurativi. Per gli altri contratti, si discute se la cessione nel caso di affitto o vendita d'azienda comporti anche successione automatica nei contratti stipulati dal dante causa. In particolare, si tende a distinguere tra contratti personali e contratti aziendali, ritenendo, nonostante qualche opinione contraria (per una ricostruzione delle opinioni in tal senso si veda: U. BURGARD, § 22 *HGB*, in *Staub Handelsgesetzbuch*, a cura di C.W. CANARIS, M. HABERSACK, C. SCHAEFER, vol. I, 5 ed., Berlin, 2009, Rdn. 60, 686) che per questi ultimi il subentro del *Pächter* consegua come effetto automatico della cessione o concessione dell'azienda. I §§ 25 e 28 *HGB* troverebbero unitaria comprensione e *ratio* imperniata sulla figura dell'*Unternehmensträger*, cosicché con il cambiamento dello stesso, i rapporti contrattuali aziendali anche nei casi non espressamente previsti dalla legge dovrebbero trasferirsi in capo al nuovo *Rechtsträger* (così F. OPPENLÄNDER, *Die Unternehmenspacht, insbesondere das Verhältnis von Pächter und Verpächter bei der Verpachtung eines Unternehmens*, Freiburg, 1974, 240 ss., 251 ss.; K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, 6 ed., Koeln, 2014, § 7 IV, Rdn. 69 ss., 271 ss.; M. LIEB, § 25, cit., Rdn. 80 ss., 554).

¹⁷² Sul punto è d'obbligo il rinvio a F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, Milano, 1982, 365; P. GRECO, *Corso di diritto commerciale*, Milano, s.d. ma 1957, 275; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1962, 163; M. CASANOVA, *Le imprese*, cit., 370-371; T. ASCARELLI, *Corso*, cit., 347; M. ROTONDI, *Diritto industriale*, Padova, 1965, 395; A. VANZETTI, *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi all'azienda ceduta*, in *Riv. soc.*, 1965, 512 ss., 518 e D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 47 ss.

¹⁷³ Si veda B. BAESSATO, sub art. 104-bis, cit., 718; F. FIMMANÒ, sub art. 104-bis, cit., 1636 ss.; ID., *L'affitto*, cit., 455; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 543; L. MANDRIOLI, sub art. 104-bis, cit., 1382; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1093 ss.; E. QUARANTA, *La liquidazione*, cit., 789; F. MARTORANO, *La circolazione*, cit., 3 e 4; A. JORIO, *Le crisi*, cit., 674; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 290.

¹⁷⁴ Per le analoghe problematiche nell'ordinamento tedesco: il sistema normativo in tema sorte dei rapporti contrattuali pendenti al momento dell'apertura della procedura di insolvenza, di cui ai § 103 *InsO* ss., è imperniato sul diritto di scelta (*Wahlrecht*) (sulla natura e sull'inquadramento dogmatico del *Wahlrecht* dell'*Insolvenzverwalter* si veda: A. TINTELNOT, in B.M. KÜBLER, H. PRÜTTING, R. BORK, *InsO Kommentar zur Insolvenzordnung*, vol II, Köln, 2014, § 103 *InsO*, Rdn. 27 ss., 19 ss. Il dibattito sulla natura del diritto di scelta è articolato intorno a quattro teorie di base, a loro volta segmentate in un ampio e articolato quadro di possibili variazioni: "*Erlöschenstheorie*", "*Qualitätssprungtheorie*", c.d. "*Modifizierte Qualitätssprungtheorie*", che attinge in larga parte dalla teoria precedente, e la teoria per la quale l'apertura della procedura non spiegherebbe alcun effetto sui crediti derivanti dai contratti pendenti,

contratti di conto corrente, anche bancario, di commissione e di mandato per il fallimento del mandatario *ex art. 78 l. fall.*, contratti di borsa a termini nel caso di cui all'art. 76 l. fall., associazione in partecipazione in caso di fallimento dell'associante *ex art. 77 l. fall.*); b) contratti che proseguono *ope legis* a carico della massa (es. *leasing* nel caso di fallimento del concedente, contratto di assicurazione contro i danni *ex art. 82 l. fall.*); c) contratti che cadono in uno stato di sospensione, finché il curatore non opta per il subentro a carico della massa o per lo scioglimento¹⁷⁶.

Per i contratti *sub a)*, intervenendo lo scioglimento al momento della dichiarazione di fallimento, come effetto automatico, sembra pacifico escludere il subentro dell'affittuario¹⁷⁷. Nel vigore del testo previgente della legge fallimentare, la fattispecie si presentava foriera di maggiori problematiche, nella misura in cui si ravvisava la *ratio* delle norme derogatorie, nel senso dello scioglimento, rispetto alla disciplina della sospensione dei contratti pendenti al momento della dichiarazione di

permanendo gli stessi esigibili) attribuito all'*Insolvenzverwalter*, tra due opzioni: l'adempimento del contratto pendente, e dunque il subentro nella posizione contrattuale del fallito, con conseguente pretesa alla controprestazione da parte della controparte contrattuale; o il rifiuto dell'adempimento, con diritto della controparte a far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, relativo alla differenza tra prestazione e controprestazione. A ben vedere la disposizione non rappresenta comunque una novità della nuova *Insolvenzordnung*, in quanto già prevista dalla previgente disciplina sulla procedura fallimentare (§ 17 KO). Si deve segnalare come il riferimento ai rapporti contrattuali pendenti vada limitato ai soli contratti a prestazioni corrispettive, che alla data di apertura del procedimento non siano ancora stati eseguiti, o non siano stati eseguiti da entrambe le parti. Solo con riguardo a tali contratti si pone infatti il problema della convenienza per la procedura, la cui valutazione è rimessa all'*Insolvenzverwalter*, del subentro o no nella pregressa posizione contrattuale del debitore.

¹⁷⁵ La classificazione risale, nel vigore del testo originario della legge fallimentare, a F. FERRARA- A. BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1972, 304. Ne dà conto ai fini del coordinamento tra l'art. 2558 c.c. e le disposizioni fallimentari in tema di sorte dei contratti pendenti G. C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 108-109. Nel panorama normativo attuale si vedano B. BAESSATO, *sub art. 104-bis*, cit., 718; F. FIMMANÒ, *sub art. 104-bis*, cit., 1636 ss.; ID., *L'affitto*, cit., 455; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 543; L. MANDRIOLI, *sub art. 104-bis*, cit., 1382; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1093 ss.; E. QUARANTA, *La liquidazione*, cit., 789

¹⁷⁶ L'art. 72, co. 1 e 2 l. fall. sancisce la regola residuale, in assenza di una disposizione specifica a regolare la sorte del rapporto, che nel caso di contratto ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti, quando è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto. E' prevista poi la possibilità che il contraente metta in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto. Sul punto; F. FIMMANÒ, *sub art. 104-bis*, cit., 1636 ss.

¹⁷⁷ B. BAESSATO, *sub art. 104-bis*, cit., 718; F. FIMMANÒ, *sub art. 104-bis*, cit., 1636 ss.; ID., *L'affitto*, cit., 455; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 543; L. MANDRIOLI, *sub art. 104-bis*, cit., 1382; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1093 ss.; E. QUARANTA, *La liquidazione*, cit., 789. Nel panorama normativo previgente già G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 109.

fallimento, nell'inopportunità per la massa dell'esecuzione di tali contratti, quando avvenisse al di fuori dell'esercizio dell'impresa; per cui, nel caso di continuazione dell'impresa del fallito, tramite esercizio provvisorio o affitto d'azienda, si riteneva che l'effetto dissolutivo potesse venire paralizzato¹⁷⁸. Già nel vigore del testo previgente tale opzione veniva però respinta¹⁷⁹, negando la successione dell'affittuario ex art. 2558 c.c.; tale soluzione *a fortiori* va ritenuta valida nel vigore del testo riformato della legge fallimentare, che si esprime sulla questione solo in materia di esercizio provvisorio, all'art. 104, co. 7 e 9¹⁸⁰, e non di affitto d'azienda, mostrando di ritenere che nel caso dell'affitto lo scioglimento automatico vada mantenuto fermo.

Per i contratti *sub b)*, anche qui sembrano porsi poche problematiche, vista l'applicabilità difficilmente contestabile del meccanismo successorio di cui all'art. 2558 c.c., ricorrendone i presupposti in relazione al contratto di cui si tratta¹⁸¹. Peraltro, nel caso di specie, la condizione negativa del subingresso, ovvero il carattere eventualmente personale del contratto, andrebbe accertata in base a un'analisi che tenga conto della causa del contratto in concreto, e non in relazione allo schema tipologico, in quanto, sotto questo punto di vista, la natura aziendale del contratto è già stata accertata in via legislativa, vista la regola della sopravvivenza del contratto a carico della massa¹⁸².

Sul problema, poi, della natura del debito sorgente dall'eventuale esercizio del diritto di recesso per giusta causa da parte del terzo contraente, con responsabilità per il concedente, *ex art. 2558, co. 2 c.c.*, responsabilità da ritenersi verso il terzo¹⁸³, e non

¹⁷⁸ Si vedano i riferimenti in G.C.M. RIVOLTA, *Esercizio*, cit., 370 nt. 6 e ID., *L'affitto*, cit., 109, nt. 7.

¹⁷⁹ Si vedano le argomentazioni di G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 109-110, che faceva riferimento anche alle difficoltà di immaginare, vista l'automaticità dell'effetto dissolutivo al momento dell'apertura della procedura, una fase di sospensione del rapporto o di sua revivescenza, con pregiudizio della controparte.

¹⁸⁰ Si vedano F. FIMMANÒ, *sub art. 104*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. JORIO, II, 2009, 1610, P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 225 ss., 236 ss.; M. SELLERI, *sub art. 78*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2013, 506.

¹⁸¹ Così B. BAESSATO, *sub art. 104-bis*, cit., 718; F. FIMMANÒ, *sub art. 104-bis*, cit., 1636 ss.; ID., *L'affitto*, cit., 455; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 543; L. MANDRIOLI, *sub art. 104-bis*, cit., 1382; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1093 ss.; E. QUARANTA, *La liquidazione*, cit., 789. Nel panorama normativo previgente già G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 109.

¹⁸² Prima della riforma, alla luce di una concezione della causa del contratto ancorata al paradigma della funzione economico-sociale, riteneva che l'accertamento della natura personale del contratto potesse avvenire solo riguardo al "regolamento convenzionale" e non allo "schema causale tipico" di tali rapporti, G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 111.

¹⁸³ La responsabilità dell'alienante *ex art. 2558, co. 2, c.c.* nel caso di recesso per giusta causa del terzo contraente ceduto ha, secondo l'opinione assolutamente prevalente in dottrina, natura contrattuale, e

verso l'affittuario¹⁸⁴, sembra possibile aderire alla tesi della prededucibilità, altrimenti l'affitto determinerebbe “un ingiustificato pregiudizio per il terzo contraente, che si vedrebbe degradato da creditore della massa, a creditore concorsuale”¹⁸⁵.

Per i contratti *sub c)* sono necessarie delle precisazioni. Diverse sono le situazioni che potrebbero verificarsi rispetto a tali rapporti pendenti. In primo luogo, è possibile che il curatore abbia già optato per lo scioglimento del rapporto: in questo caso verranno in rilievo le considerazioni svolte in riferimento ai contratti *sub a)*. In secondo luogo, è possibile che il curatore abbia già, al momento della conclusione del contratto d'affitto, optato per la prosecuzione: si ritornerà alla situazione *sub b)*.

Da ultimo, ed è questa la fattispecie che maggiori problematiche interpretative ha suscitato, è possibile che il rapporto pendente, al momento dell'affitto, si trovi ancora in stato di sospensione, non avendo esercitato il curatore alcuna delle opzioni previste dall'art. 72 l. fall.

In questo caso, è stata proposta la qualificazione della stipulazione del contratto d'affitto da parte della curatela come comportamento concludente idoneo a manifestare la volontà di subentrare nei rapporti pendenti ancora sospesi¹⁸⁶, con applicazione dunque del meccanismo successorio in capo all'affittuario *ex art. 2558 c.c.* Allo stesso modo, ovvero come manifestazione tacita della volontà di subentro da parte del curatore, poi, è stata interpretata l'espressa menzione del rapporto sospeso nel contratto

si considera sorgente verso il terzo, e non verso l'affittuario, come conseguenza della violazione dell'obbligo di “assicurare al suo creditore il conseguimento della futura prestazione”, compromessa a seguito dell'alienazione dell'azienda a un avente causa nei cui confronti sussista una giusta causa di recesso: così G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 101 ss.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1993, 195, nt. 15; A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 322 ss.; G. FERRARI, voce *Azienda (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, 725; D. PETTITI, *Il trasferimento*, 54; G.C.M. RIVOLTA, *Il trasferimento volontario di azienda nell'ultimo libro di Domenico Pettiti*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 24; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 166; A. VANZETTI, *Osservazioni sulla successione*, cit., 526; Nello stesso senso, ma qualificando la responsabilità come persistenza dell'obbligo di adempiere, G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., 57; A. GRAZIANI, *L'impresa e gli imprenditori*, cit., 167; o ancora, nel senso di obbligo di risarcimento del danno da inadempimento del proprio contratto “risolto” per effetto del recesso F. FERRARA, *La teoria*, cit., 363: questi ultimi autori configurano il recesso come opposizione al trapasso, o come opposizione e successiva risoluzione. *Contra*, nel senso di una responsabilità dell'alienante nei confronti dell'acquirente e non del ceduto recedente, V. TRIMARCHI, *Subingresso nel contratto e cessione d'azienda*, in *Giur. com. Cass. civ.*, 1946, II, 2, 648; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, II, Milano, 1973, 41.

¹⁸⁴ Così, *ex multis*, A. VANZETTI, *Osservazioni sulla successione*, cit., 524 ss.

¹⁸⁵ Così, nel vigore del testo pre-riforma, G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 111.

¹⁸⁶ Aderendo alla tesi dell'informalità della dichiarazione di subingresso da parte del curatore, *ex art. 72 l. fall.*, manifestabile anche per fatti concludenti: così Cass. 2010, n. 19035; G. GUERRIERI, *sub art. 72*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2013, 458;

d'affitto, per esplicitarne il trasferimento o l'esclusione della successione all'affittuario¹⁸⁷.

Secondo altra tesi, occorrerebbe distinguere tra contratti essenziali all'organizzazione aziendale, contratti espressamente trasferiti per previsione pattizia, e altri contratti¹⁸⁸. Per i primi due, si avrebbe subingresso automatico dell'affittuario, per i motivi sopra esposti. Per gli ultimi, invece, lo stato di sospensione si protrarrebbe finché il curatore non proceda alla scelta o non decada dal corrispondente potere. Là dove il curatore opti per il subingresso, la successione dell'affittuario non sarà automatica, non potendo più operare la regola di cui all'art. 2558, co. 1, c.c., ma potrà avvenire solo con le forme della cessione del contratto ex art. 1406 c.c.¹⁸⁹.

Se per le prime due ipotesi menzionate, tali conclusioni sembrano valide, si potrebbe tentare un approccio differente per l'ultima fattispecie, quella dei rapporti non essenziale all'organizzazione aziendale, non menzionati nel regolamento contrattuale. Si potrebbe, cioè, forse, tener maggiormente conto della *ratio* e della configurazione dell'operazione negoziale.

Come visto, l'affitto endofallimentare d'azienda risponde all'istanza di ripristino del paradigma potere gestorio/rischio d'impresa tipico dell'attività *in bonis*. Lo strumento dell'affitto consente cioè la prosecuzione dell'impresa del fallito, senza far gravare l'alea dell'esercizio sui creditori: a fronte però della migrazione del rischio in capo al terzo conduttore, allo stesso viene attribuita in via esclusiva la gestione dell'impresa affittata. Il contratto è, dunque, funzionale a una riallocazione del rischio d'impresa, che con l'emergere dello stato di insolvenza si era iniquamente trasferito sui creditori, in capo al terzo affittuario, che risponderà in via esclusiva delle obbligazioni assunte nel corso dell'attività. La responsabilità del solo affittuario vuole però come contrappeso l'attribuzione di ogni prerogativa gestoria al conduttore, salvi i diritti di ispezione e recesso riconosciuti dal contratto d'affitto al curatore.

¹⁸⁷ F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 456; ID., sub *art. 104-bis*, cit., 1638; G. BOZZA, *La vendita dell'azienda nel fallimento*, in *Fall.*, 1987, 292 ss.; L. PANZANI, *Affitto*, cit., 920 ss.; M. VITIELLO, *Gli effetti sui rapporti pendenti del concordato preventivo, dell'esercizio provvisorio, e dell'affitto di azienda del fallito*, in www.ilfallimentarista.it, 2 ss.

¹⁸⁸ Così nel panorama normativo pre-riforma, G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 119 ss.

¹⁸⁹ Così G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 119 ss.; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1382.

Per cui si potrebbe ipotizzare, forse, che, tra le scelte gestionali spettanti all'affittuario, possano farsi rientrare anche le decisioni in ordine ai rapporti "sospesi" al momento dell'affitto.

E ciò non come conseguenza del fatto che il potere di gestione e disposizione dei beni aziendali, come effetto del contratto d'affitto, si trasferisca dal concedente all'affittuario nello stato di fatto e diritto in cui si trovano¹⁹⁰, per cui all'affittuario verrebbe attribuito anche il potere di scioglimento o prosecuzione nei rapporti pendenti, con i medesimi contenuti e limiti di quello attribuito al curatore *ex art. 72 l. fall.*; bensì come precipitato dell'attribuzione della gestione esclusiva dell'impresa al conduttore, che ne assume il relativo rischio, per cui l'opportunità di subentrare o meno in un determinato contratto, in ragione della convenienza del rapporto per l'esercizio successivo dell'impresa, dovrebbe spettare al soggetto che l'impresa gestisce e che assume la relativa alea.

Certo, non può sottovalutarsi la consistenza dell'obiezione circa la natura pubblicistica dei poteri di cui all'*art. 72 l. fall.*, tali da poter spettare solo agli organi della procedura, e non esercitabili da un privato; meno decisivo sembra l'altro argomento tradizionalmente utilizzato contro una siffatta interpretazione: il fatto che si esporrebbe la procedura all'assunzione di un debito prededucibile, conseguente al sorgere di una responsabilità *ex art. 2558, co. 2 c.c.*, nei confronti del terzo contraente ceduto, che eventualmente receda per giusta causa¹⁹¹.

Potrebbe precisarsi, però, che la natura del potere di decidere la sorte del rapporto pendente sospeso *ex art. 72 l. fall.* è discussa¹⁹²; ma anche là dove si accedesse alla tesi della natura pubblicistica, si potrebbe forse evitare di trarne conclusioni nette in senso ostativo alla possibilità che la decisione tra subingresso o scioglimento spetti all'affittuario. Ciò che si impone a compressione della *forza di legge* del vincolo contrattuale per le parti parrebbe l'effetto "sospensivo". Tale effetto si determina comunque *ex lege*, e non come conseguenza dell'esercizio di un potere, riconosciuto al curatore. Al conduttore, dunque, nel caso di specie, spetterebbe solo la *decisione* sulla

¹⁹⁰ Si tratta di un effetto naturale del contratto, e si veda G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 288 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 39.

¹⁹¹ Per entrambi gli argomenti si veda G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 118-119; F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1639; ID., *L'affitto*, cit., 457.

¹⁹² Si veda la ricostruzione sull'evoluzione storica della normativa, a partire dalle disposizioni del codice di commercio del 1882, in D. VATTERMOLI, sub *art. 72*, cit., 416.

sorte del rapporto già sospeso, decisione che potrebbe sembrare coerente rimettere a chi l'impresa eserciti. L'art. 72 l. fall. attribuisce infatti la decisione tra subingresso e scioglimento al curatore, sul presupposto che questi ne debba valutare la convenienza oggettiva per i creditori, in base a valutazioni "squisitamente economiche"¹⁹³, visto che in caso di subingresso l'adempimento graverebbe sulla massa¹⁹⁴. Ma nel caso dell'affitto, per la procedura il subingresso o lo scioglimento del rapporto è indifferente¹⁹⁵, salvo il citato profilo della possibile responsabilità verso il ceduto, in caso di recesso.

E si arriva dunque al secondo argomento: l'assunzione del rischio che il contraente ceduto receda, determinando il sorgere di una responsabilità *ex art. 2558 co. 2, c.c.*, potrebbe considerarsi, comunque, riconducibile a una scelta volontaria dell'ufficio fallimentare, quella di disporre l'affitto in pendenza di rapporto. Tanto più che il curatore potrebbe espressamente prendere in considerazione il contratto pendente nel regolamento contrattuale, al fine di prevederne il trasferimento espresso o l'esclusione dallo stesso. In secondo luogo, suscita dubbi il fatto che tale problematica non si ponga per il caso in cui si qualifichi come comportamento concludente, almeno per i contratti essenziali all'organizzazione aziendale, la stipula dell'affitto da parte del curatore: in questo caso, comunque, l'automaticità dell'effetto successorio sembrerebbe escludere la ponderatezza della scelta da parte della curatela.

Rimane però l'enorme ostacolo rappresentato dal carattere speciale rispetto al diritto comune della prerogativa della Curatela di scegliere tra scioglimento o continuazione nel rapporto "sospeso", che si giustificerebbe per le peculiarità dell'ufficio fallimentare; il che potrebbe rappresentare scoglio di difficile superamento.

Va dunque accolto il suggerimento della dottrina, che le parti contraenti procedano, in via pattizia, ad una specifica e singola regolamentazione, indicando i rapporti contrattuali, oggetto di trasferimento, e quelli destinati a rimanere in capo alla massa¹⁹⁶.

Discorso a parte meritano invece i rapporti di lavoro dipendente.

¹⁹³ Lo sottolinea, D. VATTERMOLI, sub *art. 72*, cit., 416 ss.

¹⁹⁴ Così D. VATTERMOLI, sub *art. 72*, cit., 416 ss.

¹⁹⁵ Ancor più oggi alla luce della disciplina dell'effetto della retrocessione dell'azienda al termine del contratto sui rapporti pendenti, e si veda sul punto il capitolo IV.

¹⁹⁶ Così L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1382; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 543.

L'art. 2112 c.c. va applicato a tutte le ipotesi di mutamento soggettivo della parte datoriale, in seno a una vicenda circolatoria dell'azienda, per cui non può escludersi la sua applicazione per l'affitto, che comporta una concessione in godimento dell'azienda a un terzo. Per cui, in mancanza dei requisiti dimensionali necessari all'applicazione dell'art. 47 l. 428/1990, e dell'eventuale accordo sindacale previsto dalla disciplina in questione, la circolazione dell'azienda a titolo d'affitto comporterà applicazione dell'art. 2112 c.c., con mantenimento dei rapporti di lavoro in capo all'affittuario ed applicazione dei trattamenti economici e normativi di cui ai contratti collettivi vigenti alla data dell'affitto fino a scadenza¹⁹⁷. Per le imprese che rientrino invece nell'ambito di applicazione dell'art. 47 l. 428/1990, gli organi della procedura dovranno rispettare gli obblighi informativi e di consultazione sindacale previsti dalla norma, e, dunque, la stipulazione del contratto dovrà essere preceduta dal procedimento finalizzato al raggiungimento di un eventuale accordo sindacale sulla gestione del mantenimento dei rapporti di lavoro a seguito della circolazione dell'azienda¹⁹⁸. Nel caso in cui poi si pervenga ad un accordo dovrà essere fornita informativa al giudice delegato, di recepimento del contenuto dell'accordo medesimo¹⁹⁹.

Per parte della dottrina²⁰⁰, la possibilità per le "aziende socialmente rilevanti" di accedere a un regime derogatorio rispetto al disposto dall'art. 2112 c.c., consentito in base al disposto della direttiva n. 98/50/CE anche a prescindere dalla finalità liquidatoria della procedura, sarebbe sintomo di una scarsa cura da parte del legislatore rispetto agli interessi dei lavoratori, sacrificati per agevolare fenomeni traslativi orientati al maggior soddisfacimento dei creditori.

Secondo altra opinione, invece, la scelta del legislatore di non prevedere per l'affitto endofallimentare ipotesi derogatorie, salva la disciplina di cui all'art. 47 l. 428/90 per le aziende aventi i requisiti per accedere al trattamento di cassa integrazione straordinaria, avrebbe conseguenze negative, anche alla luce del quadro europeo che avrebbe consentito una soluzione in tal senso, rientrandosi nell'ipotesi di cui al co. 4-

¹⁹⁷ F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 459 ss., ID., sub art. 104-bis, cit., 1623. L. MANDRIOLI, sub art. 104-bis, cit., 1382-1383; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 543; B. ROVATI, *L'esercizio*, cit., 216; E. QUARANTA, *La liquidazione*, che parla di "peso che non può essere oggetto di negoziazione da parte della curatela", con riferimento al trasferimento dei rapporti di lavoro in capo all'affittuario.

¹⁹⁸ L. MANDRIOLI, sub art. 104-bis, cit., 1382-1383.

¹⁹⁹ F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 459, nt. 62.

²⁰⁰ Per una ricostruzione delle opinioni L. DE ANGELIS, *Fallimento*, cit., 86 ss.; A. M. PERRINO, *Le deroghe*, cit., 2157.

bis, § 3, della direttiva n. 98/50²⁰¹. E in effetti non può negarsi che il timore di dover procedere all'assunzione dei dipendenti del fallito potrebbe scoraggiare potenziali interessati all'affitto, limitando sicuramente l'accesso all'istituto, con effetti dannosi, da ultimo, per gli interessi degli stessi lavoratori, esposti a questo punto al pericolo che si arrivi alla terminazione dell'impresa.

12 Effetti del contratto: la sorte dei crediti e debiti aziendali.

È tempo di passare all'esame degli effetti dell'affitto endofallimentare dell'azienda sui crediti e debiti aziendali²⁰².

²⁰¹ F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 460.

²⁰² Nell'ordinamento tedesco, riguardo alla successione nei crediti e nei debiti aziendali, viene operata una distinzione tra crediti e debiti derivanti da contratti aziendali e crediti e debiti ulteriori. Nel primo caso, aderendo alla soluzione sopra esposta circa la successione automatica nei contratti aziendali come effetto della cessione dell'azienda, anche i connessi crediti e debiti passerebbero insieme al contratto da cui originano. Laddove, al contrario, si dovesse optare per un'impostazione differente in materia di cessione dei contratti aziendali, non configurandola come effetto automatico della cessione o concessione dell'azienda, nel caso in cui la cessione non dovesse aver luogo neppure su basi volontarie, si porrebbe il problema della possibilità di passaggio dei crediti e debiti derivanti dal contratto non ceduto già sorti. Il discrimine in questo caso sembrerebbe essere la natura "aziendale" del debito o del credito, in assenza di un esplicito accordo delle parti, ovvero la connessione e necessità degli stessi per l'attività di impresa (*Unternehmenszugehörigkeit*) (Sembrirebbe in questi termini esprimersi F. KLEIN BLENKERS, *Das Recht*, cit., 157).

Diverso potrebbe apparire il ragionamento da effettuare rispetto ai crediti e debiti non derivanti da contratti aziendali. Tra questi, ad esempio, rientrano i crediti e debiti pecuniari derivanti da atto illecito, commesso in relazione all'esercizio dell'attività di impresa. A differenza di quanto avviene per i macchinari o per la ditta, senza i quali di regola il *Pächter* non potrà esercitare l'attività di impresa, non sempre è necessario a tal fine la cessione dei crediti non derivanti dai contratti aziendali. È invece di regola di interesse del *Verpächter* essere liberato dai debiti e cedere i crediti pregressi, in modo da non doversi più occupare degli effetti della precedente attività di impresa svolta. Si pensi all'emblematico esempio dell'affitto dell'azienda a causa dell'anzianità o di una malattia del *Verpächter* (L'esempio è più volte riportato da F. KLEIN BLENKERS, *Das Recht*, cit., 158).

Ancora una volta viene in rilievo l'autonomia privata delle parti che possono, e dovrebbero, disciplinare pattiziamente il passaggio o meno dei crediti e debiti, eventualmente per questi ultimi anche verso corrispettivo, al *Pächter*. Riguardo alle passività, in particolare, le parti dovrebbero in via preliminare assicurarsi il consenso dei creditori, nel caso in cui volessero concordare la cessione con efficacia liberatoria per l'alienante. Con il consenso dei creditori, nessun ostacolo si pone, in caso di accordo in tal senso delle parti, al passaggio dei debiti in capo al *Pächter*.

Una parte della dottrina (si veda K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit., 271 ss.) tende in verità a ritenere che le passività passino automaticamente con la cessione del complesso aziendale, ricollegandosi al disposto dei § 25 *HGB* ss. Si deve però dar conto anche della diversa opinione, che ritiene necessaria la partecipazione dei creditori ai fini del trasferimento delle passività (così probabilmente C. W. CANARIS, *Handelsrecht*, cit., 103 ss., K. HOPT, § 25 *HGB*, in *Handelsgesetzbuch: HGB*, a cura di A. BAUMBACH e K. HOPT, 36 ed., Muenchen, 2014, Rdn. 2, 10). Nel caso in cui non si riesca a ottenere il consenso al momento della conclusione del contratto, si è ritenuto (F. KLEIN BLENKERS, *Das Recht*, cit., 158) che le parti debbano obbligarsi a fare in futuro tutto il possibile per raggiungere il consenso dei creditori, e

comunque concordare: o che il *Pächter* debba in ogni caso mantenere indenne dalle passività il *Verpächter*; o l'esclusione dei debiti, o di solo alcuni di essi, dal trasferimento. In assenza di un esplicito accordo si è ipotizzato che anche in questo caso possa venire in rilievo la funzionalizzazione del credito o debito all'esercizio dell'attività di impresa, quale discriminare per stabilire su chi graveranno i debiti e a chi dovranno essere imputati i crediti pregressi all'affitto (F. KLEIN BLENKERS, *Das Recht*, cit., 158)

Non va d'altra parte dimenticato il rilievo sul punto del § 25 *HGB* come norma che disciplina il passaggio dei crediti e debiti aziendali nei rapporti esterni, nel caso in cui la cessione dell'azienda si accompagni al subentro nella ditta. Le considerazioni sopra esposte vanno dunque esaminate alla luce di ciò, che in caso di utilizzo da parte del *Pächter* della ditta preesistente potrebbe venire in applicazione l'esplicita regola legislativa, per la quale i crediti dell'alienante si considerano, nei confronti dei debitori (e dunque nei rapporti esterni) trasferiti all'acquirente, nel caso in cui vi sia il consenso dell'alienante al proseguimento nell'uso della ditta. Sul fronte delle passività, d'altra parte, per il § 25 *HGB* l'acquirente risponde per le obbligazioni pregresse fondate sulla gestione dell'azienda (il che non implica liberazione dell'alienante), laddove prosegua, in questo caso anche in assenza del consenso del dante causa, nell'uso della preesistente ditta.

Nulla direbbe invece il § 25 *HGB* in merito alla sorte di crediti e debiti *inter partes*, cioè all'automaticità o meno della successione nei crediti e debiti aziendali anche nei rapporti interni, limitandosi l'Abs. 2 dello stesso § 25 a stabilire che un patto contrario, rispetto alla regola della responsabilità nei confronti dei creditori e della legittimazione a riscuotere verso i debitori, possa essere opposto ai terzi solo se iscritto nel registro di commercio o pubblicato o comunicato ai terzi medesimi.

Si deve però rilevare come sia dubbio se il § 25 *HGB* possa trovare applicazione nel caso di concessione dell'*Handelsgeschäft* in forza di contratto d'affitto. Secondo una prima teoria (*Haftungsfonds-Theorie*) la norma in esame verrebbe in rilievo solo in caso di trasferimento che comprenda anche la "*Haftung- Substanz des Unternehmens*" (si veda G. SCHRICKER, *Probleme der Schuldenhaftung bei Übernahme eines Handelsgeschäfts*, in *ZGR Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1972, 121, 152 ss.- Fn 128; K. BINZ, K.-D. RAUSER, *Betriebliche Altersversorgung bei Betriebsaufspaltung*, in *BB Betriebs Berater* 1980, 897, 898 s.. Non del tutto chiaramente OLG Hamm, 5.11.1996, in *NJW-RR, Neue Juristische Wochenschrift- Rechtsprechungs-Report* 1997, 733, 734) il che non si verificherebbe nel caso del *Pachtvertrag*. L'opinione maggioritaria invece ritiene che anche in questo caso dovrebbe venire in rilievo l'applicazione del § 25 *HGB*, riferendosi il legislatore a qualunque caso di cessione dell'azienda e utilizzo della precedente ditta da parte dell'avente causa, a prescindere dal titolo giuridico della cessione (così K. SCHIMDT, *Handelsrecht*, cit., § 5 III, Rdn. 53, p. 185; BGH, 29.3.1982, in *NJW Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, S. 1647 m. Anm. v. K. SCHIMDT; BGH, 16.1.1984, *NJW Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, S. 1186 f.m. Anm. K. SCHIMDT; K. HOPT, § 25 *HGB*, cit, Rdn. 4 ss., 192; F. REUSCHLE, in C. W. EBENROTH, K. BOUJONG, D. JOOSTM, L. STROHN, *Handelsgesetzbuch*, 3 ed., 2014, München, § 25 *HGB*, Rdn. 26 ss, 389). Per il particolare caso di operazione nel corso dell'*Insolvenzverfahren* si deve però sottolineare come la prevalente dottrina e la giurisprudenza tendano ad escludere l'applicazione del § 25 *HGB* per le cessioni aziendali nel corso di procedura di insolvenza con proseguimento dell'avente causa nell'uso della ditta (così: BGH, 11.04.1988 - II ZR 313/87, in *BGHZ* 104, 151 (153f.), così come in *NJW Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, 1912, così come in LM § 106 *KO* Nr. 7, e in *WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 1998, 901; M. LIEB, § 25, cit., Rd. Nr. 32 ss.; J. WELLENSIEK e T. OBERLE, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, a cura di H. J. PRIESTER, 2 ed., Beck, 2003, § 68, Rdn. 36; ma si veda anche la differente opinione di C. W. CANARIS, *Unternehmenskontinuität als Haftungs- und Enthaftungsgrund im Rahmen von § 25 HGB?*, in *Festschrift für Frotz*, Wien 1993, S. 11 - 43., 1993, 29- 31). Ciò in considerazione della *ratio* della cessione e del suo innesto all'interno di una procedura giudiziaria che consente di garantire una sufficiente tutela per i creditori, senza la necessità dell'operatività della rigorosa regola di cui alla norma in parola. L'esclusione della responsabilità del *Pächter* per i debiti aziendali pregressi risulta condizione necessaria il più delle volte al successo dell'operazione, in quanto il permanere della stessa potrebbe rappresentare ostacolo insormontabile alla stipulazione del contratto. Inoltre, l'inapplicabilità nel caso di cessione nel corso di procedura di insolvenza del § 25 *HGB* si argomenta anche in ragione di una possibile violazione del principio della *par condicio creditorum*, visto che la responsabilità dell'acquirente dell'azienda per i

Riguardo ai “crediti relativi all’azienda ceduta”, il passaggio al conduttore secondo lo schema di cui all’art. 2559 c.c. non è operante, stante la non applicabilità della richiamata norma all’ affitto d’azienda. L’art. 2562 c.c. nell’individuare le norme applicabili all’affitto, rinvia al disposto dell’art. 2561 c.c. in materia di usufrutto d’azienda. Ma, com’è noto, tra le disposizioni regolative della vicenda traslativa avente ad oggetto l’azienda solo gli artt. 2557, co. 4 e 2558, co. 3 c.c. si estendono per espressa previsione oltre all’usufrutto d’azienda anche all’affitto d’azienda. L’art. 2559, co. 2, c.c. per la disciplina della sorte dei crediti aziendali, invece, si limita a richiamare solo l’usufrutto e non l’affitto²⁰³. Dunque, nel caso dell’affitto d’azienda, indipendentemente dal contesto fallimentare in cui avviene la concessione in godimento, valendo tale regola anche per l’impresa *in bonis*, non opererà il meccanismo agevolativo del passaggio dei crediti²⁰⁴, che prevede l’esclusione della notifica individuale al debitore ceduto, surrogata dall’iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese, di cui all’art. 2559 c.c.

E ciò senza inoltrarsi nel dibattito circa la natura di tale meccanismo, se integri cioè o meno una presunzione di cessione dei crediti, limitandosi a disporre per il caso che tali effetti siano espressamente pattuiti dalle parti²⁰⁵.

La *ratio* della mancata estensione all’affitto è stata individuata nell’ eccessività dell’effetto legale della cessione rispetto all’economia d’un contratto costitutivo di un

debiti aziendali pregressi, anche per le ripercussioni sul corrispettivo per la cessione, creerebbe una disparità di trattamento tra creditori aziendali e altri creditori.

È esclusa poi, *ex* § 75 Abs. 2 AO, anche la responsabilità dell’acquirente per le passività fiscali, ai sensi del § 75 AO, quando l’azienda sia stata acquistata dalla massa fallimentare.

²⁰³ Si veda però A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962, 344, per l’interpretazione per cui tale norma contemplerebbe anche l’ipotesi dell’affitto. Nello stesso senso, T. ASCARELLI, *Corso*, cit., 353-354 e F. FERRARA, *La teoria giuridica*, cit., 424-425 secondo il quale l’art. 2559 non avrebbe fatto riferimento all’affitto perché tale contratto non sarebbe stato soggetto a iscrizione. Si vedano però le note critiche di P. GRECO, *Corso*, cit., 374 e G.C.M. RIVOLTA, *L’affitto*, cit., 128.

²⁰⁴ Così B. BAESSATO, *sub art. 104-bis*, cit., 718; F. FIMMANÒ, *L’affitto*, cit., 454; F. LICONTI, *L’affitto*, cit., 429; A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione*, cit., 951; B. ROVATI, *L’esercizio*, cit., 216; S. AMBROSINI, *L’amministrazione*, cit., 544.

²⁰⁵ Nel secondo senso: A. GRAZIANI, *L’impresa*, cit., 170; A. DE MARTINI, *L’usufrutto*, cit., 113 ss., 274 ss.; G. FERRARI, voce *Azienda (dir. priv.)*, cit., 726 ss.; D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 76 ss.. Nel senso opposto: F. FERRARA, *La teoria giuridica*, cit., 353 ss.; P. GRECO, *Corso*, cit., 285-286; M. CASANOVA, *Le imprese*, cit., 759-760; T. ASCARELLI, *Corso*, cit., 353-354. Si veda anche M. ROTONDI, *Effetti della vendita dell’azienda sui debiti e i crediti*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, 173 ss., e G. AULETTA, *Dell’azienda*, cit., 61 ss., e ID., *Trasferimento d’azienda e trasferimento dei crediti e dei debiti di impresa tra le parti*, in *Studi in onore di Zingali*, Milano, 1965, III, 55 ss. che ammette il passaggio automatico dei crediti relativi a beni e servizi aziendali, mentre esclude il passaggio automatico dei crediti pecuniari e dei debiti. Imprescindibile sul tema poi lo studio di G. E. COLOMBO, *Il trasferimento*, cit., *passim*.

diritto personale di godimento temporaneo²⁰⁶, da cui la non rispondenza della previsione di cui all’art. 2559 c.c. alla “normale volontà delle parti”²⁰⁷.

A fronte dell’esclusione della cessione dei crediti relativi all’azienda ceduta secondo lo schema di cui all’art. 2559 c.c., nella fattispecie dell’affitto endofallimentare, va considerata l’ammissibilità di una clausola che preveda il passaggio di tutti o parte dei crediti aziendali all’affittuario. Già nel panorama pre-riforma si era argomentato per la validità di una siffatta pattuizione, anche in sede fallimentare, in quanto non risultava, già nel vigore del testo originario della legge fallimentare, la necessità di “un’esazione o liquidazione individuale dei crediti del fallito”²⁰⁸. L’introduzione di una clausola di cessione dei crediti avrebbe comportato la qualificazione dell’affitto, rispetto ai crediti aziendali globalmente ceduti, come “atto di liquidazione dell’attivo”²⁰⁹.

Tali conclusioni vanno ritenute valide anche nel mutato panorama post riforma, nonostante alcune voci contrarie all’ammissibilità di una cessione pattizia dei crediti pecuniari²¹⁰: il passaggio convenzionale dei crediti si configurerà come atto di liquidazione in massa dei crediti ceduti, e il corrispettivo confluirà nella massa attiva da ripartirsi tra i creditori concorrenti²¹¹; il corrispettivo per la cessione potrà essere versato anche in sede di canone d’affitto, ipotizzandosi un suo incremento rispetto a quanto originariamente offerto dall’affittuario.

Si guardi adesso alla questione del passaggio dei debiti.

L’art. 2560 c.c. non estende il suo ambito di applicazione né all’affitto d’azienda né all’usufrutto, per espressa previsione della disposizione²¹². Anche in questo caso, sia

²⁰⁶ Si veda P. GRECO, *Corso*, cit., 374-375

²⁰⁷ Così G.C.M. RIVOLTA, *L’affitto*, cit., 129.

²⁰⁸ Letteralmente, G.C.M. RIVOLTA, *L’affitto*, cit., 131.

²⁰⁹ Così G.C.M. RIVOLTA, *L’affitto*, cit., 131. Tale qualificazione non veniva avvertita come problematica in quanto “la stipulazione dell’affitto va comunque circondata dalle cautele previste per la liquidazione dell’attivo mobiliare e, in particolare, per la vendita di massa”, RIVOLTA, *ibidem*.

²¹⁰ Si vedano per tale opinione F. FERRARA, *La teoria giuridica*, cit., 423; A. BASSI, *Riflessioni*, cit., 344, che però non esclude il trasferimento dei crediti aziendali che abbiano ad oggetto obbligazioni non pecuniarie, come la consegna o restituzione di macchinari o merci.

²¹¹ Così F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1636; ID., *L’affitto*, cit., 454

²¹² Nega l’applicazione dell’art. 2560 c.c. alla fattispecie dell’affitto d’azienda già in tempi risalenti Cass., 3 luglio 1958, n. 2386, in *Giust. Civ.*, 1958, I, 1876, la quale - sul presupposto che l’art. 2560 co. 2 si limiti a statuire la responsabilità in solido dell’acquirente nei rapporti esterni - ritiene inammissibile anche l’applicazione analogica della norma, stante il suo carattere eccezionale, in quanto istitutiva di una responsabilità per debito altrui. Così G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, IV, 5, 1972., 636 e S. GRAZIOSI, *Sulla responsabilità del titolare*

a ritenersi che l'art. 2560 c.c. faccia assurgere l'accollo dei debiti aziendali a effetto legale del negozio traslativo dell'azienda²¹³, sia ad aderire alla tesi per cui la norma instaurerebbe solo una responsabilità nei rapporti esterni²¹⁴, si è individuato la giustificazione di tale mancata estensione nell'assenza di una pregnante esigenza di tutela dei terzi creditori, perché l'azienda, che costituisce garanzia generica del credito appartenendo al patrimonio del debitore, rimane nella titolarità di quest'ultimo, concedendosi all'affittuario solo la titolarità di un diritto personale di godimento sul compendio.

Esclusa l'applicabilità all'affitto dell'art. 2560 c.c., si è sostenuto anche il venir meno del problema dell'incidenza, nei rapporti interni, dei debiti risultanti dai libri contabili²¹⁵.

La non assunzione delle passività pregresse da parte dell'affittuario discende dunque già dall'applicazione della regola generale in materia di affitto d'azienda *in bonis*. L'esigenza si avverte ancor di più nel caso di affitto endofallimentare, dove una regola differente potrebbe risultare ostacolo insormontabile nell'individuazione di un interessato all'affitto. Al contrario l'esonero dalla responsabilità per i debiti assunti dall'imprenditore fallito consente di incentivare il ricorso all'istituto, per valorizzare la redditività residua del compendio, scevro dalle obbligazioni preesistenti, che permangono in capo alla massa. L'affittuario inizierà *ex novo*, sotto il profilo della situazione debitoria, la propria attività, consentendosi il ripristino del paradigma tipico dell'impresa solvibile.

dell'azienda per i debiti contratti dall'usufruttuario o dall'affittuario, in *Riv. dir., civ.*, 1970, I, 323 ss., in part. 333 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 128.

²¹³ In questo senso: A. GRAZIANI, *L'impresa*, cit., 170; A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 113 ss., 274 ss.; F. FERRARI, voce *Azienda (dir. priv.)*, cit., 726 ss.; D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 76 ss. Ravvisano nell'art. 2560, co. 2, c.c., non spostando però i termini della questione, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1965, 243; G. VALERI, *Impresa, azienda, fondo*, in *Riv. dir. agrario*, 1943, I, 146. F. FERRARA, *La teoria giuridica*, cit., 130-131, ritiene addirittura inconcepibile la figura dell'accollo legale. Sul punto si veda di recente U. MINNECI, *Trasferimento d'azienda e regime dei debiti*, Torino, 2007, *passim*.

²¹⁴ In questa direzione: F. FERRARA, *La teoria giuridica*, cit., 353 ss.; P. GRECO, *Corso*, cit., 285-286; M. CASANOVA, *Le imprese*, cit., 759-760; T. ASCARELLI, *Corso*, cit., 353-354, G.E. COLOMBO, *Il trasferimento*, cit., *passim*.

²¹⁵ La questione era posta da chi negava l'effetto di accollo *ex lege*, e risolto per lo più nel senso di una mera responsabilità dell'acquirente nei rapporti esterni, salvo il diritto di regresso nei confronti dell'alienante per quanto sborsato, in mancanza di differente pattuizione, così A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 274 ss.; F. FERRARI, voce *Azienda (dir. priv.)*, cit., 731 ss.; D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 96 ss.; A. GRAZIANI, *L'impresa*, cit., 173-174; G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., 70. Si veda G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 129.

La soluzione è analoga a quella proposta nell'ordinamento tedesco dove la prevalente dottrina e la giurisprudenza tendono ad escludere l'applicazione del § 25 *HGB* per le cessioni aziendali nel corso di procedura di insolvenza con proseguimento dell'avente causa nell'uso della ditta²¹⁶. Ciò in considerazione della *ratio* della cessione e del suo innesto all'interno di una procedura giudiziaria che consente di garantire una sufficiente tutela per i creditori, senza la necessità dell'operatività della rigorosa regola di cui alla norma in parola. L'esclusione della responsabilità del *Pächter* per i debiti aziendali pregressi risulta condizione necessaria il più delle volte al successo dell'operazione, in quanto il permanere della stessa potrebbe rappresentare ostacolo insormontabile alla stipulazione del contratto. Inoltre, l'inapplicabilità nel caso di cessione nel corso di procedura di insolvenza del § 25 *HGB* si argomenta anche in ragione di una possibile violazione del principio della *par condicio creditorum*, visto che la responsabilità dell'acquirente dell'azienda per i debiti aziendali pregressi, anche per le ripercussioni sul corrispettivo per la cessione, creerebbe una disparità di trattamento tra creditori aziendali e altri creditori.

Nel nostro ordinamento, l'esclusione a monte dell'applicazione dell'art. 2560 c.c. all'affitto, giustifica la mancata previsione di una norma analoga a quella di cui all'art. 105, co. 4, l. fall., che per la vendita endofallimentare prevede che, salva diversa convenzione, sia esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento, da parte dell'art. 104-*bis* l. fall. Non serve proporre, dunque, come pure si è fatto²¹⁷, un'applicazione

²¹⁶ Si vedano: BGH, 11.04.1988 - II ZR 313/87, in *BGHZ* 104, 151 (153f.), così come in *NJW Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, 1912, così come in *LM § 106 KO* Nr. 7, e in *WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 1998, 901; M. Lieb, § 25, cit., Rd. Nr. 32 ss.; J. WELLENSIEK e T. OBERLE, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, a cura di H. J. PRIESTER, 2 ed., Beck, 2003, § 68, Rdn. 36; ma si veda anche la differente opinione di C. W. CANARIS, *Unternehmenskontinuität als Haftungs- und Enthafungsgrund im Rahmen von § 25 HGB?*, in *Festschrift für Frotz*, Wien 1993, S. 11 - 43., 1993, 29- 31).

²¹⁷ L. MANDRIOLI, sub *art. 104- bis*, cit., 1383; E. QUARANTA, *La liquidazione*, cit., 788. Escludono qualsiasi responsabilità del conduttore per le residue posizioni debitorie riguardanti l'azienda ceduta, salvo diversa pattuizione, B. ROVATI, *L'esercizio*, cit., 216 e 217 e F. MARTORANO, *La circolazione*, cit., 3; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1092 e 1093; F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 453, il quale sottolinea la non applicabilità analogica, stante il carattere eccezionale, della norma di cui all'art. 2560 co. 2 c.c. a fattispecie non espressamente previste e rammenta che "nell'affitto volontario, l'azienda, come in tutti i casi di trasferimento in godimento, resta a far parte dei beni che costituiscono la garanzia patrimoniale del cedente e quindi l'affittuario è esposto all'azione espropriativa da parte dei creditori del locatore. In caso di fallimento tale responsabilità dell'affittuario sussiste nei limiti dell'espropriabilità dell'azienda ceduta, vale a dire la normale possibilità che il creditore del cedente aggredisca l'azienda detenuta dal terzo non può sussistere". Conclude, dunque, che "La corresponsabilità presuppone la libertà

analogica della menzionata disposizione alla fattispecie dell'affitto endofallimentare, in quanto l'esonero della responsabilità per i debiti preesistenti da parte dell'affittuario è già conseguenza dell'applicazione delle norme generali in materia di affitto d'azienda.

Peraltro l'operare di una regola opposta comporterebbe problemi non indifferenti in punto di rispetto della *par condicio*, per la disparità di trattamento e l'alterazione della graduazione di posizione che potrebbe conseguire fra i creditori.

La violazione della parità di trattamento si avrebbe, in particolare, fra creditori aziendali, destinati ad essere soddisfatti dall'affittuario, ordinariamente ben solvibile, e creditori che dovranno invece attendere la ripartizione dell'attivo fallimentare, di solito insufficiente²¹⁸.

Discorso diverso va fatto per i debiti aziendali derivanti da rapporti di lavoro subordinato. In questo caso, l'art. 2112, co. 2, c.c. trova applicazione, e nessuna deroga è stata introdotta sul punto dal legislatore, per cui l'affittuario sarà obbligato, in solido, "per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento"²¹⁹.

Nel caso in cui però in conseguenza dell'apertura del fallimento, l'attività di impresa si interrompa, là dove l'azienda superi i requisiti dimensionali e occupazionali di cui alla l. n. 428/1990, l'art. 47 della suddetta legge consente di derogare alla responsabilità solidale *ex art. 2112 c.c.*, nella circostanza in cui sia stato raggiunto un accordo di mantenimento anche parziale dei livelli occupazionali²²⁰.

12.1 (segue) le clausole di accollo dei debiti e la disciplina di cui all'art. 105, ult. comma l. fall.: applicabilità anche al caso dell'affitto?

di azioni esecutive individuali di quei creditori verso il cedente". Così, anche A. BASSI, *Riflessioni*, cit., 346.

²¹⁸ Così, A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1092 e 1093; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 544 e 545, il quale evidenzia le conseguenze che si potrebbero avere in termini di riduzione del canone d'affitto, in caso di accollo delle passività pregresse in capo all'affittuario. Per le analoghe problematiche in materia di responsabilità dell'acquirente dell'azienda del fallito per le obbligazioni pregresse, si veda M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 684 ss. e per l'effetto privativo dell'accollo dei debiti pregressi in seno alle cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria, M. PERRINO, *Le cessioni in blocco*, cit., 303 ss.

²¹⁹ Si veda l'art. 2112, co. 2, c.c. *Contra*, A. SCARANO, *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto d'azienda*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA, L. PANZANI, Torino, 2009, 1199.

²²⁰ Così, L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1382-1383.

Se dall'affitto endofallimentare dell'azienda non deriva alcuna responsabilità in capo all'affittuario per le obbligazioni pregresse, occorre interrogarsi sulla possibilità che una tale responsabilità venga assunta in via pattizia dal conduttore.

Sono cioè ammissibili clausole di accollo dei debiti preesistenti da parte dell'affittuario nel contratto d'affitto?

Le problematiche che clausole siffatte potrebbero far sorgere sono da riconnettersi al principio della parità di trattamento dei creditori concorsuali.

Potrebbe cioè crearsi disparità di trattamento tra debiti "trasferiti", destinati ad essere soddisfatti dall'affittuario, ordinariamente ben solvibile, e debiti che permangono a carico della massa, con possibilità minime di soddisfacimento integrale²²¹.

Secondo un'autorevole opinione²²², già avanzata nel vigore del testo originario della legge fallimentare, bisognerebbe distinguere tra debiti pecuniari e non.

Con riferimento alla prima categoria, violerebbe la *par condicio*, l'accollo di debiti aziendali corrispondenti a crediti concorsuali chirografari o assistiti da privilegio generale sui beni del fallito: l'affittuario infatti imputerebbe nel canone d'affitto la somma complessiva dei debiti accollati, con pregiudizio per gli altri creditori²²³.

Allo stesso modo, creerebbe una disparità di trattamento l'accollo convenzionale dei debiti aziendali corrispondenti a crediti concorsuali garantiti da ipoteca, pegno o privilegio speciale. Ciò sicuramente nel caso in cui il valore di realizzo dei beni oggetto della garanzia risultino insufficienti per il soddisfacimento integrale del prelazionario, concorrendo lo stesso per il residuo con i chirografi, e quindi ritornandosi alla situazione precedente.

Ma perplessità sono state sollevate anche per il caso in cui il bene in garanzia sia sufficiente per soddisfare il creditore garantito, viste le difficoltà in sede di liquidazione fallimentare a determinare a *priori* il valore di realizzo di un bene da liquidarsi. Peraltro, si è detto, l'accollo dei debiti in esame potrebbe sovvertire l'ordine di rimborso, per il

²²¹ Così, L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1383; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 544 e 545, il quale evidenzia le conseguenze che si potrebbero avere in termini di riduzione del canone d'affitto, in caso di accollo delle passività pregresse in capo all'affittuario. Per le analoghe problematiche in materia di accollo all'acquirente dell'azienda del fallito delle obbligazioni pregresse, si veda M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 684 ss. e D. VATTERMOLI, sub *art. 105*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, II, Torino, 2010, 1462 ss.

²²² Si veda sul punto G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 139

²²³ Così G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 136; ID., *L'esercizio dell'impresa*, cit., 136. Nel panorama post riforma, D. BENZI, *L'affitto*, cit., 1188.

quale sono da preferirsi in sede di riparto dell'attivo i debiti c.d. prededucibili; l'affittuario infatti non sarebbe tenuto a rispettare tale ordine²²⁴.

Sarebbe, invece, sicuramente ammissibile l'accollo di debiti di massa, da soddisfarsi in prededuzione, non avendosi in questo caso violazione della *par condicio*²²⁵. Così come ammissibile sarebbe l'accollo all'affittuario di debiti di natura non pecuniaria (si pensi, ad esempio, a crediti di consegna di cosa mobile determinata, recuperabile mediante azione di rivendica da parte del curatore), nella misura in cui sottratti alla legge del concorso²²⁶.

Le riflessioni sopra esposte meritano, nel panorama normativo attuale, alcune precisazioni. Innanzitutto, già dal disposto dell'art. 3 della c.d. Legge Marzano, è acquisizione condivisa che il principio della *par condicio creditorum* abbia perso i caratteri dell'assolutezza e tollerati delle deroghe, purché rispondenti all'interesse del ceto creditorio²²⁷. Per cui, si dovrebbe procedere ad un'analisi caso per caso sull'ammissibilità della clausola d'accollo in concreto stipulata, potendosi ammettere, ad esempio, il trasferimento all'affittuario dei debiti il cui pagamento presenti primaria importanza per la prosecuzione dell'attività imprenditoriale²²⁸, e dunque per la buona riuscita dell'operazione.

E ancora, non può dimenticarsi l'introduzione, all'art. 105, ult. comma, l. fall., della regola in materia di vendita d'azienda endofallimentare per cui "il pagamento del prezzo può essere effettuato mediante accollo di debiti da parte dell'acquirente solo se non viene alterata la graduazione dei crediti"²²⁹.

La norma risolve in senso positivo l'analoga problematica, sorta in tema di vendita, dell'ammissibilità di un accollo convenzionale dei debiti fallimentari all'acquirente.

Anche qui il limite è rappresentato dal rispetto della parità di trattamento dei creditori: solo nel caso in cui la clausola in concreto non alteri la "graduazione dei crediti" andrebbe considerata ammissibile.

²²⁴ Sempre, G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 136-137.

²²⁵ Così, ancora, G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 137-138.

²²⁶ G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 139

²²⁷ Si veda con riferimento alla fattispecie sottoposta al nostro esame L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1383; V. ZANICHELLI, *La nuova*, cit., 291; F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 429.

²²⁸ Così, L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1383; V. ZANICHELLI, *La nuova*, cit., 291.

²²⁹ Sul punto si veda M. PERRINO, *La liquidazione dei beni nel fallimento*, cit., 684 ss. e D. Vattermoli, sub *art. 105*, cit., 1462 ss.

Peraltro, si è fatto notare come la norma in parola in realtà non sia precisa: ai fini dell'ammissibilità della *cessione* di una o più passività è necessario, non solo che non si alteri la graduazione dei crediti, ma anche che non si violi la regola della proporzionalità all'interno della stessa categoria di creditori²³⁰.

La previsione dell'art. 105 l. fall. limita peraltro la possibilità di un'imputazione a prezzo di vendita dell'accollo delle passività. Analoghe considerazioni vanno fatte dunque in tema d'affitto: l'ammissibilità della clausola d'accollo convenzionale dei debiti andrebbe vagliata con maggior rigore nel caso in cui l'assunzione delle passività venga imputata al canone d'affitto²³¹. Nel caso, invece, di introduzione postuma della clausola, senza variazione del canone rispetto al momento dell'offerta, meno rigida potrà essere la valutazione della clausola in punto di rispetto della *par condicio*.

Si pone poi il problema dell'eventuale residuo di una responsabilità sussidiaria del fallimento rispetto ai debiti trasferiti all'affittuario, che intervenga in caso di inadempimento di quest'ultimo. Nel panorama pre-riforma, si suggeriva all'ufficio il ricorso al meccanismo degli accantonamenti, di cui agli artt. 110, co. 1, e 113 testo previgente l. fall., non dovendosi procedere alla ripartizione finale dell'attivo e alla chiusura del fallimento prima dell'estinzione di tali debiti.

Nel vigore del testo attuale, invece, si potrebbe proporre un'applicazione analogica delle norme di cui all'art. 105, commi 5 e 8, l. fall., in materia di cessione di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco e al conferimento d'azienda, che escludono la responsabilità dell'alienante o del conferente per le passività cedute o conferite: ciò al fine di ritenere *liberatorio* l'accollo da parte dell'affittuario²³².

13 Effetti del contratto: possibilità di ipotizzare un obbligo di non concorrenza a carico dell'ufficio fallimentare o del fallito.

Tra gli effetti tipici dei negozi traslativi d'azienda va menzionato anche il sorgere di un obbligo di non concorrenza a carico dell'alienante *ex art. 2557*, co. 1 e 4, c.c. La norma dispone infatti che chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di

²³⁰ Così, D. VATTERMOLI, sub *art. 105*, cit., 1463.

²³¹ Si veda C. MIELE, sub *art. 104-bis*, cit., 1182; B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 717.

²³² Stesso ragionamento è operato per l'accollo di debiti convenzionale in sede di vendita da D. VATTERMOLI, sub *art. 105*, cit., 1465; e F. FIMMANÒ, *La vendita*, cit., 552.

cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che “per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta”. Per l'affitto e l'usufrutto d'azienda, si precisa, poi, che il divieto di concorrenza, nei termini di cui sopra, vale “nei confronti del proprietario o del locatore per la durata dell'usufrutto o dell'affitto”.

Occorre interrogarsi sulla possibilità che l'inserimento del contratto d'affitto nell'ambito della fase liquidatoria fallimentare, il suo utilizzo come strumento di gestione provvisoria dell'impresa del fallito, e la stipulazione da parte degli organi della procedura, possano rimodulare tale divieto di concorrenza, con riguardo, in particolare, alla persona del fallito, che resta pur sempre, nel corso della procedura, proprietario dell'azienda, o, ancora, alla curatela fallimentare.

L'affittuario dell'azienda potrebbe essere pregiudicato dall'esercizio di un'impresa concorrente sia da parte del debitore, a seguito della dichiarazione di fallimento, sia da parte del curatore, in caso di esercizio provvisorio dell'impresa.

Si guardi in primo luogo alla curatela. Il problema potrebbe porsi nel caso di affitto di un solo ramo dell'azienda del fallito o di più rami di essa²³³, o nel caso in cui il fallito sia titolare di più aziende²³⁴, le cui imprese siano in rapporto, almeno potenziale, di concorrenza.

In questo caso, là dove venga disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa da parte degli organi procedura, per i rami o per le aziende non affittate, sorgerebbe un rischio di grave pregiudizio per l'affittuario, che si troverebbe a subire la concorrenza dell'ufficio fallimentare. Ciò anche in considerazione della possibilità da parte del curatore di avvalersi, nell'esercizio provvisorio dell'impresa, della collaborazione del fallito²³⁵, e che l'esercizio avviene sotto la ditta di quest'ultimo²³⁶.

²³³ Così G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 142; G. BOZZA, *La vendita*, cit., 289; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1092-1093; E. QUARANTA, *La liquidazione*, cit., 788; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1383-1384

²³⁴ Per la possibilità che lo stesso imprenditore sia titolare di più aziende, si veda P. SPADA, *Lezioni*, cit., 45 ss. Per lo specifico contesto fallimentare si veda G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 142; G. BOZZA, *La vendita*, cit., 289; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1092-1093; E. QUARANTA, *La liquidazione*, cit., 788; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1383-1384.

²³⁵ Si veda P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 61 ss. e 73 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 142; ID., *L'esercizio*, cit., 342-343, nt. 95.

²³⁶ Si veda P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 61 e ss. e 73 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 142; ID., *L'esercizio*, cit., 240-241.

L'argomento che è stato addotto, già nel vigore del testo della legge fallimentare originario, ad escludere un divieto di concorrenza in capo all'affittuario²³⁷, è quello per cui l'esercizio provvisorio dell'impresa consentirebbe solo la *continuazione* di un'impresa in corso, mentre l'art. 2557 c.c. vieta d' "iniziare una nuova impresa"²³⁸.

L'assunto merita però alcune precisazioni. Va ricordato come sia stata sostenuta, nel vigore del testo riformato della legge fallimentare, la possibilità che l'esercizio provvisorio dell'impresa sia diretto non solo alla *continuazione* dell'impresa del fallito, ma anche all'inizio di un'attività *ex novo* da parte degli organi della procedura²³⁹. Ciò consentirebbe, ad esempio, di disporre l'esercizio provvisorio anche nell'ipotesi in cui vi fosse stata interruzione dell'impresa del fallito, con la dichiarazione di fallimento. O, ancora, di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa tramite un'azienda pervenuta nella titolarità del fallito in corso di procedura, ad esempio per successione.

Almeno nella misura in cui tale ipotesi sia valida, non può escludersi in questo caso l'operatività del divieto di concorrenza di cui all'art. 2557 c.c. anche in capo all'ufficio fallimentare, ricorrendone tutti i presupposti. Non è sufficiente invocare la natura pubblicistica di una delle parti e la funzionalizzazione dell'affitto endofallimentare al maggior soddisfacimento dei creditori, ad escludere l'operatività dell'effetto legale dell'obbligo di astensione dalla concorrenza in capo al concedente. E ciò in ragione del fatto che tale effetto è disposto dal legislatore a tutela precipua dell'affittuario.

Allo stesso modo, sembra possibile ammettere che il curatore assuma convenzionalmente un obbligo di non concorrenza nei confronti dell'affittuario, là dove ciò non sia in contrasto con l'interesse dei creditori.

Ma ci si interroghi, ora, in ordine alla possibilità di configurare in capo al fallito un obbligo di non concorrenza nei confronti dell'affittuario²⁴⁰.

²³⁷ Così, post riforma A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione*, cit., 951; F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 453; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1093; F. LICONTI, *L'esercizio*, cit., 430, il quale ritiene, però, inoperante in linea generale il divieto.

²³⁸ G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 142; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1092-1093; E. QUARANTA, *La liquidazione*, cit., 788; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1383-1384; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 269, nt. 29.

²³⁹ Si veda P. FABBIO, *L'esercizio*, cit., 61 ss., 73 ss.; *Contra* però F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 443; ID., sub *art. 104-bis*, cit., 1625

²⁴⁰ La tematica è stata affrontata ampiamente, già nel panorama pre-riforma, con riguardo alla vendita dell'azienda: per la tesi negativa L. MOSSA, *Trattato*, cit., I, 388 e 389; F. FERRARA, *La teoria giuridica*, cit., 373; P. GRECO, *Corso*, cit., 305; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 172; M. ROTONDI,

La questione non è certo nuova. Si era già posta, a ben vedere, con riguardo alla vendita dell'azienda nel fallimento, addirittura già prima dell'entrata in vigore della legge fallimentare, sotto il codice di commercio del 1882²⁴¹, ed era stata risolta nel senso dell'esclusione di un divieto di concorrenza in capo al fallito, nei confronti dell'acquirente dell'azienda. Ciò in assenza di una disposizione corrispondente all'attuale art. 2557 c.c.

Nel vigore del testo attuale della legge fallimentare riformata, il problema risulta ancora discusso. Certamente non può più farsi riferimento ad argomenti che risentano di una visione sanzionatoria e punitiva della procedura fallimentare, nel senso di escludere un obbligo di astensione dalla concorrenza da parte del fallito, alla luce del discredito sulla sua persona gettato dal fallimento, che lo renderebbe innocuo per l'affittuario²⁴².

Ne può farsi riferimento a una ormai vetusta teoria della rappresentanza come fondamento del potere di disposizione dell'ufficio fallimentare²⁴³, per ritenere operante il divieto di concorrenza in capo al fallito.

E mi sembra risentire di una simile impostazione anche la tesi che vede nel fallito una "parte sostanziale" del contratto d'affitto, pur non essendone parte in senso formale, in quanto gli atti di disposizione dei beni compiuti dalla curatela sono destinati a produrre effetti giuridici proprio nella sfera giuridica del soggetto dichiarato fallito²⁴⁴.

Si deve, dunque, anche nel panorama normativo attuale, tornare alla natura e al fondamento dell'obbligo di non concorrenza *ex art. 2557 c.c.* e al suo collegamento

Diritto industriale, cit., 405; ID., *Studi sull'avviamento*, II, in *Riv. dir.comm.*, 1928, I, 436 ss.; G. FERRARI, voce *Azienda (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, cit., 725; G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., 57.

Propendono invece per la tesi negativa, sempre con riguardo alla vendita, M. CASANOVA, *Le imprese*, cit., 703 ss.; e D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 40; E. ZANELLI, *Il trasferimento*, cit., 346, nt. 55; L. MENGONI, *Vendita dell'azienda da parte del curatore fallimentare e divieto di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 521.

²⁴¹ Così, U. NAVARRINI, *Studi sull'azienda commerciale*, Direzione dell'archivio giuridico, Modena, 1901, 57; ID., *Trattato di diritto fallimentare*, 2 ed., II, Bologna, 1939, 61; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, 5 ed., IV, Milano, 1928, 146; G. BONELLI, *Del fallimento*, in *Commentario al codice di commercio*, II, Milano, 1938-1939, 532; A. RAMELLA, *Trattato della proprietà industriale*, 2 ed., Torino, 1927, II, 407; M. CASANOVA, *Cessione dell'azienda del fallito, obbligo di non concorrenza ecc.*, in *Riv. dir., fin.*, 1941, II, 165, in nota a Comm. Centr. Imposte, 22 febbraio 1940; S. SATTA, *Istituzioni*, cit., 149, nt. 244.

²⁴² Si veda G. TAMBURRINO, *Manuale di diritto commerciale*, Roma, 1962, 172. Critici, già nel vigore del testo originario della legge fallimentare, M. CASANOVA, *Le imprese*, cit., 706 e G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 145.

²⁴³ Per questa posizione invece si veda Cass. 29 aprile 1946, n. 515, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 521.

²⁴⁴ Così F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1635.

funzionale con il contratto di cessione o concessione²⁴⁵; e ciò sia che lo si voglia inquadrare come adempimento dell’obbligo di trasferire la clientela, sia che lo si qualifichi come obbligo di non fare, in quanto effetto automatico ed essenziale del trasferimento o come obbligo negoziale autonomo²⁴⁶.

Il divieto di concorrenza in capo al fallito è da riconoscere per assicurare la funzionalità dell’operazione negoziale, orientata a garantire all’affittuario l’esercizio dell’impresa per il tramite dell’azienda, esercizio che dovrà avvenire considerando il compendio nella sua complessità, comprensivo anche di elementi immateriali, come avviamento e clientela, la cui integrità proprio il divieto di concorrenza in capo al precedente titolare dell’azienda mira a preservare.

Circa la possibilità di introdurre nel contratto deroghe rispetto all’obbligo di non concorrenza in capo al fallito, sembrerebbe da preferirsi la soluzione positiva, ponendo attenzione però a non violare la *par condicio creditorum*, a rischio là dove l’inserimento della clausola andasse a incidere in senso riduttivo sul canone d’affitto²⁴⁷.

Difficile invece ipotizzare una clausola che aggravasse il divieto di concorrenza oltre i limiti di cui all’art. 2557 c.c.: qui è vero che i poteri dispositivi patrimoniali della curatela non possano incidere sulla sfera personale del fallito e sulla sua libertà di iniziativa economica²⁴⁸.

14 Effetti del contratto: problemi in merito alla ditta.

Da ultimo, in ordine alla questione relativa alla sorte della ditta del fallito a seguito della disposizione dell’affitto endofallimentare occorre prendere le mosse dalla norma che impone all’affittuario, così come all’usufruttuario, dell’azienda di “esercitarla sotto la ditta che la contraddistingue” (artt. 2561 co. 1 e 2562 c.c.). La

²⁴⁵ Per la stessa tesi sembrerebbe anche G.C.M. RIVOLTA, *L’affitto*, cit., 148-149.

²⁴⁶ Si veda G. AULETTA, *Alienazione dell’azienda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1233 ss. per una ricostruzione delle opinioni sul tema della natura dell’obbligo di astensione dalla concorrenza ex art. 2557 c.c.

²⁴⁷ *Contra* F. MARTORANO, *L’azienda*, cit., 269.

²⁴⁸ Si veda F. MARTORANO, *L’azienda*, cit., 269.

disposizione è ritenuta decisiva da parte della dottrina, che ne fa derivare un obbligo di mantenimento in capo all'affittuario della ditta preesistente²⁴⁹.

Secondo altra parte della dottrina, la disposizione menzionata sarebbe solo in apparenza risolutiva della questione della sorte della ditta in caso di affitto endofallimentare²⁵⁰. Infatti, secondo tale tesi, il dovere di mantenimento della ditta non sarebbe imposto a tutela dei terzi che con l'impresa vengano a contatto: ch , se no, sarebbe stato imposto anche all'acquirente dell'azienda, e non solo all'affittuario e all'usufruttuario. Al contrario, il soggetto tutelato dalla norma in questione sarebbe il concedente, in quanto l'utilizzo della ditta derivata da parte dell'affittuario consentirebbe il mantenimento della clientela. Da ci  la qualificazione del subentro nella ditta da parte dell'affittuario come effetto naturale e non essenziale del contratto.

Posto ci , com'  noto, per il subentro nella ditta del dante causa da parte dell'acquirente, in caso di trasferimento *inter vivos* dell'azienda, viene richiesto il consenso dell'alienante, *ex art.* 2565 c.c. Ci  non vale invece per il caso di affitto d'azienda, dove la regola vigente, nonostante alcune voci contrarie in dottrina²⁵¹,   quella della ricomprensione della ditta nell'affitto, come effetto automatico del contratto, senza necessit  del consenso del concedente, salvo patto contrario, in base al combinato disposto degli artt. 2561 co. 1 e 2562 c.c.²⁵².

A ben vedere anche nell'ordinamento tedesco si   posta, la questione del subentro nella ditta (*Firma*), da intendersi come nome giuridico dell'impresa, che presenta un significato centrale per il *P chter*.

Al riguardo, viene in rilievo il § 22 *HGB*²⁵³, che richiede il consenso del precedente titolare per l'utilizzo della ditta originaria da parte dell'avente causa

²⁴⁹ Cosi A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 248 ss., D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, 238 e di recente M. F. QUATTRONE, sub art. 2565 c.c., in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Cendon, artt. 2555-2594, Milano, 2012, 149; L. MANDRIOLI, sub art. 104-bis, cit., 1384.

²⁵⁰ Cosi G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 149.

²⁵¹ Cfr. G. SANTINI, *I diritti della personalit  nel diritto industriale*, Padova, 1959, 141, nt. 11.

²⁵² Cosi, per lo specifico caso dell'affitto nel fallimento, nel panorama pre-riforma G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 150; in generale G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., 100-101; M. CASANOVA, voce *Ditta*, in *Novissim. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, I, 1 ss.; pi  di recente A. MUSSO, *Della ditta e dell'insegna*, sub art. 2565 c.c., in *Commentario al codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2012, 78; M. CARTELLA, *La ditta*, Milano, 1996, 439 e ss.).

²⁵³ Si riporta il testo della norma citata, § 22 *HGB*: "Chi acquista un'azienda per atto *inter vivos* o *mortis causa* pu  continuare nell'utilizzo della ditta, anche se contiene il nome del precedente titolare, con o senza l'indicazione aggiuntiva del nome del successore, purch  vi sia il consenso del precedente

dell'azienda. Una norma analoga come visto nell'ordinamento italiano è posta solo in relazione alla vendita e non all'affitto. *Ratio* della norma tedesca va individuata nell'esigenza di proteggere il titolare della ditta, potendo quest'ultima contenere anche il suo nome civile, e di evitare il rischio di confusione nel caso di utilizzo anche da parte di un terzo²⁵⁴. Si discute circa la necessità di un consenso *expressis verbis*, ma, per l'opinione maggioritaria in dottrina²⁵⁵, risulterebbe sufficiente una manifestazione inequivoca di assenso. Tali considerazioni assumono peculiare significato per l'*Unternehmenspachtvertrag*, così come per l'*Unternehmenskaufvertrag*²⁵⁶, in quanto il consenso dell'alienante all'utilizzo della ditta originaria da parte dell'avente causa dovrebbe risultare in maniera inequivoca dal contratto. È possibile che il contratto d'affitto preveda d'altra parte un obbligo da parte del *Pächter* di proseguire l'attività di impresa con la ditta originaria.

Là dove le parti non prevedano espressamente alcuna clausola a riguardo, si ritiene, alla luce dell'analisi sopra effettuata, che il *Pächter* non sia legittimato a utilizzare la ditta precedente. Non è possibile dedurre dall'obbligo di concessione in godimento dell'azienda un parallelo obbligo di concedere l'utilizzo della ditta, altrimenti si perverrebbe alla disapplicazione del § 22 *HGB*. Si deve poi notare come dal subentro nella ditta, circostanza a ben vedere irrilevante ai fini della responsabilità per i debiti aziendali nell'ordinamento italiano²⁵⁷, derivino delle conseguenze particolari nell'ordinamento tedesco con riguardo all'imputazione delle passività pregresse alla cessione, come disposto dal già esaminato § 25 *HGB*.

Le soluzioni adottate dall'ordinamento tedesco e da quello italiano, dunque, in ordine alla necessità del consenso del concedente al subentro nella ditta da parte dell'affittuario divergono.

Posto ciò va detto che, nel nostro ordinamento, già nel vigore del testo originario della legge fallimentare, si è posto il problema della legittimazione dell'ufficio

titolare o degli eredi. 2. La precedente disposizione si applica anche se la cessione dell'azienda avviene per effetto di costituzione di usufrutto, affitto o altro rapporto contrattuale.”.

²⁵⁴ Vedi: C. W. CANARIS, *Handelsrecht*, 24 ed., München, 2006, 189 ss.

²⁵⁵ Si veda C. W. CANARIS, *Handelsrecht*, cit., 190; K. HOPT, § 22, cit., Rdn. 8 ss., 180 ss. In giurisprudenza si veda: BGH 27.4.1994, NJW *Neue Juristische Wochenschrift*, S. 2025, 2026.

²⁵⁶ Sul punto si veda: BGH 27.4.1994, NJW *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, 2025 s.

²⁵⁷ Si veda la chiara disamina di G. COLOMBO, *Il trasferimento*, cit., 118- 119, proprio sulla diversità delle soluzioni accolte sul punto tra i due ordinamenti, nonostante l'autore definisca il sistema tedesco “quello che più di ogni altro si avvicina, in tema di crediti e debiti aziendali, alla vigente legislazione italiana...”.

fallimentare a disporre della ditta del fallito, senza il suo consenso. Per l'appartenenza della ditta alla massa attiva fallimentare, sulla base della constatazione che la stessa non possa essere considerata come diritto di natura strettamente personale (ex art. 46, co. 1, n. 1, l. fall.), vista la possibilità di trasferimento dello stesso verso corrispettivo (in caso di vendita dell'azienda espressamente ex art. 2565 c.c.), e alla luce dell'avverbio "strettamente", utilizzato dal legislatore del '42 e confermato dalla riforma, che parrebbe imporre una interpretazione restrittiva della norma di cui all'art. 46, n. 1 l.fall., si esprime la maggioranza della dottrina italiana sin da tempi risalenti²⁵⁸.

Nell'ordinamento tedesco, ammessa l'applicabilità del § 22 *HGB* nel caso di *Unternehmenspacht*, occorre chiedersi, con la dottrina tedesca, se la ditta del debitore insolvente possa essere considerata come appartenente alla massa fallimentare, cosicché l'*Insolvenzverwalter* possa procedere alla cessione della stessa insieme all'azienda, nell'ambito di un'operazione di concessione del complesso aziendale²⁵⁹. E, nel caso di soluzione positiva, se debba trovare applicazione il § 22 *HGB* anche nel caso specifico della cessione d'azienda nel corso dell'*Insolvenzverfahren* e dunque se il debitore debba acconsentire all'utilizzo della ditta da parte dell'avente causa²⁶⁰ (ma a monte è anche possibile chiedersi se lo stesso *Insolvenzverwalter* necessiti del consenso del debitore per proseguire l'esercizio dell'impresa sotto la ditta).

Sul primo punto, un orientamento risalente della giurisprudenza tedesca²⁶¹ negava l'appartenenza alla massa fallimentare della ditta, alla luce dell'esclusione dalla massa attiva del diritto al nome del debitore, così come del *Persönlichkeitsrecht*, sulla base dell'equiparazione della ditta al "nome commerciale" del *Kaufmann*, anche

²⁵⁸ In tal senso si vedano D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 41, nt. 20; R. PROVINCIALI, *Manuale*, cit., 742; F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1966, 277; e per lo specifico tema del subentro dell'affittuario, nel caso di affitto disposto nel corso del fallimento, nella ditta del fallito, senza necessità del consenso di quest'ultimo, come effetto automatico del contratto, nel vigore del testo della legge fallimentare pre-riforma G.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 149 ss. *Contra* G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1961, 239; A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, 158 (limitatamente alla ditta originaria); G. AULETTA, *Alienazione dell'azienda*, cit., 1234, nt. 27; e sembrerebbe anche T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960, 410, che afferma che "la stessa espropriazione o esecuzione forzata dell'azienda non potrebbe comprendere la ditta".

²⁵⁹ U. BURGARD, in *Staub Handelsgesetzbuch*, a cura di C.W. CANARIS, M. HABERSACK, C. SCHAEFER, vol. I, 5 ed., Berlin, 2009, § 22 HGB, Rdn. 54, 684.

²⁶⁰ U. BURGARD, § 22 *HGB*, cit., Rdn. 54, 684.

²⁶¹ RG, 04.04.1883 - I 143/83, in RGZ 9, 104; RG, 21.05.1904 - I 85/04, in RGZ 58, 169; RG, 26.01.1909 - VII 146/08 - RGZ 70, 226; si veda per una ricostruzione U. BURGARD, § 22 *HGB*, cit., Rdn. 55 684.

laddove non contenesse il nome o il cognome dello stesso. Tale opinione è ormai da tempo da considerarsi superata, ritenendo, al contrario, la maggioranza degli autori in dottrina²⁶² e la giurisprudenza dominante²⁶³ la *Firma* come ricompresa nella massa attiva fallimentare, presentandosi come *Vermögensrecht*, diritto patrimoniale cioè, piuttosto che come diritto personale del debitore, data la sicura valenza economica dei segni distintivi dell'impresa, tra cui, anche nel diritto tedesco, va fatta rientrare la ditta.

Da tale considerazione, suffragata dal disposto dei §§ 35 e 36 *InsO*, che individuano beni e diritti che vanno a costituire la massa attiva fallimentare²⁶⁴, si fa derivare la conseguenza che l'*Insolvenzverwalter* possa procedere alla "cessione" della ditta senza il consenso del debitore insolvente²⁶⁵. Il che a ben vedere non vuol dire che il terzo avente causa dell'azienda del debitore non necessiti di alcun consenso per l'esercizio dell'impresa sotto la ditta originaria; tale consenso dovrebbe infatti poter essere espresso dall'*Insolvenzverwalter* e non più dal debitore.

Le soluzioni dei due ordinamenti, dunque, pur partendo da premesse diverse, convergono, a conferma della funzionalità della conclusione²⁶⁶.

Quindi: disponibilità della ditta da parte dell'ufficio fallimentare, subentro nella ditta da parte dell'affittuario come effetto naturale, ma non essenziale, del contratto.

Ciò vuol dire che il curatore potrà dispensare l'affittuario dall'utilizzo della ditta derivata, nel caso in cui sia conforme all'interesse delle parti la prosecuzione dell'impresa sotto un'altra ditta, per evitare, ad esempio, che si accosti l'impresa dell'affittuario a quella esercitata dal fallito. E ciò per assicurare la non incidenza delle

²⁶² Si deve però segnalare come un'opinione, ancorché risalente ad epoca anteriore alla riforma del diritto commerciale del 1 luglio 1998, tendeva a distinguere a seconda che si prendesse in considerazione la ditta di una *Einzelunternehmen* o *Personenhandelsgesellschaft* o al contrario di una *Kapitalgesellschaft*. Nel primo caso, contenendo la ditta il nome dell'imprenditore o di uno dei soci, sarebbe stato necessario il consenso di questi ultimi per l'utilizzazione della ditta originaria da parte dell'avente causa dall'*Insolvenzverwalter*. C.W. CANARIS, *Handelsrecht*, cit., § 10, Rdn. 66, 200; K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit., § 12 I, cit., Rdn. 45, 433. F. REUSCHLE, in K. EBENROHT, C.T. BOUJONG, D. JOOST, L. STROHN, in *Handelsgesetzbuch Kommentare*, München, 3 ed., 2014, § 22 *HGB*, Rdn. 43, 350; K. C. KERN, *Verwertung der Personalfirma in Insolvenzverfahren*, in BB- *Betriebs Berater*, 1999, 1717, 1718; K. HOPT, § 17, in *Handelsgesetzbuch: HGB*, a cura di A. BAUMBACH e K. HOPT, 36 ed., München, 2014, Rdn. 47, 145; U. BURGARD, § 22 *HGB*, cit., Rdn. 54, 684.

²⁶³ BGH, 27.09.1982 - II ZR 51/82, in *BGHZ*, 85, 221, 222; OLG Düsseldorf, in *ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1989, 457; OLG Hamburg, in *DB Der Betrieb*, 2003, 2381.

²⁶⁴ U. BURGARD, § 22 *HGB*, cit., Rdn. 56, 685.

²⁶⁵ U. BURGARD, § 22 *HGB*, cit., Rdn. 56, 685; F. REUSCHLE, § 22 *HGB*, cit., Rdn. 43, 350; A. HEIDINGER, § 22 *HGB*, in K. SCHMIDT, *MünchKommHGB*, ed. 2, München, 2005, vol. 1, Rdn. 78, 511.

²⁶⁶ Per una ricostruzione delle opinioni in tal senso si veda: U. BURGARD, § 22 *HGB*, cit., Rdn. 60, 686

scelte negative effettuate dal fallito sull'affittuario, che sarà imprenditore *in bonis*, rivalorizzando l'azienda, scevra dalle passività pregresse.

Si ritorna, dunque, alla funzione che si è voluto attribuire all'affitto endofallimentare: consentire il ripristino di una situazione imprenditoriale “nuova”, non condizionata dal fallimento precedente, con attribuzione in via esclusiva della gestione dell'impresa all'affittuario, che, d'altronde, è il soggetto che si accolla il relativo rischio. Si consente la prosecuzione dell'impresa, non si scarica l'alea di tale prosecuzione in capo ai creditori, ma, come contraltare, va garantita la massima libertà possibile, nei limiti dell'incidenza dello strumento sull'andamento della fase liquidatoria fallimentare, nella determinazione di una “nuova”, propria, strategia imprenditoriale all'affittuario.

Tale possibilità implica poi delle questioni in merito alla sorte della ditta “nuova” dell'affittuario alla scadenza del contratto: ma sul punto si tornerà in seguito, trattando della retrocessione dell'azienda al fallimento.

CAPITOLO III

La prelazione dell'affittuario

SOMMARIO: 1 Il significato dell'attribuzione di un diritto di prelazione all'affittuario nell'ambito dell'operazione: l'ancoraggio alla futura vendita del complesso aziendale e il ripristino del rapporto tra gestione e rischio tipico dell'impresa *in bonis*.- 2 Le differenze di sistema tra la prelazione legale sull'azienda "socialmente rilevante", di cui all'art. 3, della legge n. 223/1991, e la prelazione convenzionale di cui all'art. 104-*bis*, co. 5, l. fall.- 3 L'introduzione della clausola di prelazione in seno al contratto d'affitto. Il procedimento autorizzatorio.- 3.1 Le modalità di esercizio del diritto di prelazione: la determinazione del prezzo di vendita, la *denuntiatio*, l'esercizio della prelazione. Limiti oggettivi e soggettivi del patto di preferenza.- 4 La tutela dell'affittuario in caso di violazione della clausola di prelazione.- 5 Il diritto di prelazione dell'affittuario, nel contratto d'affitto pregresso.

1 Il significato dell'attribuzione di un diritto di prelazione all'affittuario nell'ambito dell'operazione: l'ancoraggio alla futura vendita del complesso aziendale e il ripristino del rapporto tra gestione e rischio tipico dell'impresa in bonis.

Come il riconoscimento di un diritto di prelazione all'affittuario sull'azienda possa risultare rispondente all'interesse del ceto creditorio e alla struttura dell'affitto endofallimentare, pensato dal legislatore della riforma, è quanto si intende indagare.

Il diritto dell'affittuario a essere preferito, a parità di condizioni, rispetto a un altro offerente, nella vendita¹ endofallimentare, è stato a lungo guardato con sospetto da dottrina e giurisprudenza, in ragione degli effetti potenzialmente negativi che la prelazione può presentare sul procedimento di vendita, scoraggiando potenziali

¹ Per L.V. MOSCARINI, voce *Prelazione*, in *Enc. del dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 981 ss., "il concetto di prelazione sta ad indicare il diritto di un determinato soggetto ad essere preferito ad altri nell'acquisto di un determinato oggetto, per il caso che il proprietario intenda alienarlo, a parità di condizioni offerte dal terzo". Nel contesto peculiare dell'affitto endofallimentare, oggetto del diritto a essere preferito dell'affittuario è l'azienda o il ramo di essa affittato, mentre il ruolo dell'alienante è della procedura. La prelazione secondo lo stesso Autore, "nel mentre attribuisce una posizione giuridico-soggettiva di vantaggio al soggetto cui è attribuita, "non" incide negativamente sulla sfera giuridica del soggetto proprietario del bene che dello stesso bene voglia disfarsi, "non" comprimendo affatto né la di lui libertà di disposizione dei propri diritti né il risultato economico dell'alienazione". Da ciò i connotati essenziali della figura, secondo il MOSCARINI: la parità di condizioni con l'offerta del terzo, il titolo oneroso dell'alienazione, la fungibilità della prestazione del prelazionario. A ben vedere, comunque, lo stesso Autore corregge poi il tiro (*ibidem*, 981-982) ritenendo che tali riflessioni siano valide integralmente solo per la c.d. prelazione *propria*, non invece per l'*impropria*, che dell'elemento della "parità di condizioni" difetta, potendo il prelazionario acquistare a condizioni più vantaggiose rispetto al terzo.

interessati all'acquisto, e dunque deprimendo le aspettative di massimizzazione del ricavato dalla liquidazione del compendio².

A ben vedere, anche al di fuori del contesto concorsuale, di regolazione della crisi di impresa, la diffidenza per l'istituto ha origini antiche³, per gli effetti compressivi dell'autonomia privata, ed in particolare della libertà negoziale nella scelta della controparte contrattuale⁴.

Da ciò la tradizionale interpretazione pretoria⁵, che ancora oggi trova seguito, contraria alla cogenza di prelazioni nell'ambito delle procedure di vendita coattiva, e

² Per F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 152, “è la compressione dei diritti dei creditori, che inevitabilmente discende da scelte favorevoli al titolare della prelazione ad esigere che l'istituto scaturisca da inequivoche disposizioni normative o comunque da un'identità di *ratio* tra le fattispecie dubbie e quelle in cui la prelazione in ambito coattivo è espressamente contemplata. Ciò che infatti interessa alla massa dei creditori non è il soggetto che si renda assegnatario di determinate attività nel fallimento, ma unicamente il risultato delle operazioni di vendita e cioè l'acquisizione del maggior ricavato possibile con cui procedere alla successiva fase di liquidazione dell'attivo. Così nell'affitto d'azienda [...] resta insuperabile la considerazione che l'esistenza della prelazione dell'affittuario-gestore rappresenta normalmente un obiettivo ostacolo al miglior realizzo possibile, in quanto costituisce evidentemente un disincentivo alla partecipazione alla gara o all'asta dei soggetti potenzialmente interessati all'acquisto”. Si vedano anche E. CAPUTO, *Prelazione legale e vendita fallimentare*, nota a Trib. Sanremo, 3 aprile 1980, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1787; M. C. VANZ, *Prelazione legale e procedure espropriative: un problema ancora aperto?*, nota a Cass. 14 gennaio 1994, n. 339, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 920; L. PANZANI, *Prelazione del conduttore e concordato preventivo*, nota a Cass. 14 gennaio 1994, n. 339, in *Fall.*, 1994, 815.

³ Si vedano ad esempio, per il diritto francese, ancor prima dell'emanazione del *Code Napoléon*, le fondamentali riflessioni di R.-J. POTHIER, *Traité des rétraits*, in *Oeuvres de R.-J. Pothier contenant les traités du droit français*, II, t. I, Bruxelles, 1830, § II, e per l'ordinamento italiano nel vigore del codice del 1865, SACCHI, *La prelazione nel diritto comune*, in *Rivista scientifica del diritto*, 1898, V-VII, 95 ss. L'istituto della prelazione era d'altronde già conosciuto nel diritto romano, e si veda il passo del Digesto, D. 45, 1, 122, 3: “*Coheredes, cum praedia hereditaria diviserant, unum praedium commune reliquerunt sub hoc pacto: ut si quis eorum partem alienare voluisset, eam vel coheredi suo, vel eius successoribus venderet centum viginti quinque*”.

⁴ Si veda, tra gli altri, F. SANTORO PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 698, il quale afferma che la prelazione è “un limite diretto o indiretto, a seconda che abbia efficacia reale od obbligatoria, al principio della libera disposizione e circolazione dei beni, principio attestato da varie norme dell'ordinamento”, continuando, in seguito, “l'esigenza di ordine pubblico che è alla base del principio di libera disposizione e circolazione dei beni spiega come anche l'autonomia privata soggiaccia a tale principio”. Da tali riflessioni si fa derivare, ad esempio, il carattere eccezionale delle norme in materia di prelazione legale: si vedano in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 9 marzo 1992, n. 2812, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1736; Cass. S.U. 25 marzo 1988, n. 2582, in *Foro it.*, 1988, I, 1510. Ma per una critica a tale approccio: M. TAMPONI, voce *Prelazione agraria*, in *Digesto*, Torino, 1996, 180; R. CARLEO, *Prelazione legale e interessi dei creditori*, Milano, 2000, 17 ss.

⁵ Nel caso della prelazione agraria, l'art. 8, co. 2, l. n. 590/1965 ne esclude espressamente l'operatività nelle ipotesi di vendita forzata, di fallimento e di liquidazione coatta amministrativa.

Per la non opponibilità della prelazione di cui all'art. 38, l. n. 392/1978 in sede di vendita coattiva si vedano, tra le tante, Cass. 30 maggio 1984, n. 3298, *ex multis* in *Giur. it.*, 1985, I, 831, con nota di A.M. MARCHIO, che afferma che “il diritto di prelazione, spettante ai sensi dell'art. 38 della l. 27

fallimentare in particolare. Interpretazione che non si limita alle sole prelazioni pattiziate riconosciute tra privati, prima del fallimento di una delle parti, ma che si estende anche alle prelazioni legali, le quali trovano fondamento in un'esigenza di tutela di interessi ultraindividuali, che il legislatore ritiene prioritari rispetto alla facoltà delle parti di autodeterminare il proprio assetto di interessi.

Ma, con riguardo all'istituto della prelazione legale, il *favor* legislativo potrebbe spingersi a riconoscere la vincolatività del diritto di preferenza anche nell'ambito della fase liquidatoria fallimentare, pur finalizzata all'esecuzione collettiva sul patrimonio del fallito, e non ad obiettivi ulteriori rispetto al principio del maggior possibile soddisfacimento del ceto creditorio, nel rispetto della *par condicio*, quali quello, ad esempio, di risanamento di apparati produttivi in crisi o di tutela "sociale".

E' quanto fatto con l'introduzione dell'art. 3, co. 4, l. n. 223/1990, che attribuisce, come visto, all'affittuario di aziende "socialmente rilevanti", la prelazione sull'azienda affittata, concepita come incentivo a carattere "sociale", alla gestione di aziende in crisi, al fine di un mantenimento, sia pur parziale, dei livelli occupazionali, in alternativa rispetto al ricorso ad ammortizzatori sociali⁶ - il trattamento di integrazione

luglio 1978, n. 392 al conduttore di un immobile adibito ad uso diverso da quello di abitazione [...] non sussiste nel caso di vendita disposta nella procedura di fallimento a carico del locatore [...], atteso che nella detta ipotesi si tratta di vendita coattiva, e non volontaria, e che quel diritto è incompatibile con le finalità e le esigenze pubblicistiche proprie della procedura fallimentare"; Cass. 13 gennaio 1981, n. 295, in *Foro it.*, 1981, I, 689, con nota di G. BORRÉ, *Vendite forzate e prelazione del conduttore urbano*; Trib. Sanremo, 3 aprile 1980, cit.; Trib. Torino, 30 giugno 1979, in *Giur. mer.*, 1981, I, 64; Cass. 16 dicembre 1996, n. 11225, in *Foro it.*, 1997, I, 805.

Per la prelazione del coerede di cui all'art. 732 c.c., in senso permissivo, rimettendo la valutazione dell'opponibilità della prelazione agli organi della procedura, Cass. 4 febbraio 1986, n. 596, in *Fall.*, 1986, 784.

Sul problema dell'opponibilità, nel caso di vendita coattiva, della prelazione dello Stato sui beni di interesse artistico e storico, ex artt. 28, commi 2 e 31 ss., l. n. 1089/1939 si vedano Cass. 27 giugno 1986, n. 4282, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, 1226; Cass. 9 dicembre 1985, n. 6180, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 1875; in dottrina, L. CORRADINI, *Liquidazione dell'attivo fallimentare e diritto di prelazione: vecchie certezze, nuovi interrogativi*, in *Fall.*, 1987, 250; ID., *Il diritto di prelazione nell'esecuzione forzata immobiliare*, in *Atti del convegno nazionale*, su "La vendita immobiliare nell'ambito delle procedure esecutive e concorsuali", Roma, 1988, 83.

Il problema dell'opponibilità delle prelazioni legali e volontarie nel concordato preventivo veniva invece risolto sulla base del criterio della natura volontaria o forzata della cessione nel concordato, si vedano per i due opposti orientamenti, Cass. 1 febbraio 1988, n. 913, in *Foro it.*, 1989, I, 203 e Cass. 14 gennaio 1994, n. 339, in *Foro it.*, 1994, I, 1420. Si vedano sul punto le riflessioni di R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 14 ss. e 100 ss. e F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 145 ss.

⁶ Si vedano, però, *infra*, le problematiche sollevate in dottrina e giurisprudenza circa la possibilità di riconoscere la prelazione all'affittuario anche nel caso in cui non venga evitato il ricorso al trattamento di integrazione salariale.

salariale straordinario *in primis*- che determinino effetti di collettivizzazione del dissesto⁷.

Non è questa, però, l'impostazione seguita dal legislatore della riforma.

La facoltà per gli organi della procedura di concedere, su base convenzionale, un diritto di prelazione sul compendio, all'affittuario dell'azienda, non risponde a istanze di tutela di interessi ulteriori, considerati prevalenti dal legislatore rispetto a quello dei creditori.

L'assunto del legislatore della riforma è che il diritto di prelazione attribuito all'affittuario possa essere rispondente all'interesse della procedura, e, dunque, esaltare, e non comprimere, le aspettative di soddisfacimento del ceto creditorio.

Ma come risulti plausibile un siffatto approccio suscita non poche problematiche.

Se si mantiene ferma l'ipotesi, di ardua contestazione di fronte al dato empirico, che il riconoscimento di un diritto di prelazione deprima il prezzo di vendita, è difficilmente comprensibile il perché gli organi della procedura debbano scegliere di inserire la clausola prevista dall'art. 104-*bis*, co. 5, l. fall., nel contratto d'affitto endofallimentare.

Il diritto di prelazione diviene, infatti, nell'impostazione del legislatore della riforma, non più attribuito *ex lege*, ma introducibile in via pattizia, come specifica clausola del contratto, oggetto di trattativa tra le parti.

Per comprendere il ruolo della prelazione convenzionale nella nuova struttura dell'affitto endofallimentare va guardato ancora una volta alla funzione dell'istituto.

Come visto, l'affitto assurge a strumento di gestione provvisoria dell'impresa del debitore, proseguita, non direttamente dagli organi della procedura, ma dal terzo affittuario; inquadrato nella fase liquidatoria⁸, che si arricchisce di un momento gestionale del patrimonio del fallito⁹, coincidente, con riguardo al "bene" azienda, con il tratto dinamico della prosecuzione dell'esercizio.

⁷ Si veda F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 154 ss.

⁸ In questa direzione M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.; G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1662; F. FIMMANÒ, sub *art. 104*, cit., 1584.

⁹ Si vedano M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.; G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1662; F. FIMMANÒ, sub *art. 104*, cit., 1584.

Si instaura, con l'affitto, la corrispondenza tra *liquidazione e amministrazione*¹⁰ del patrimonio fallimentare, e, con riferimento alla realtà dinamica dell'azienda, con *l'esercizio dell'impresa*.

L'affitto diviene mezzo di amministrazione del compendio aziendale del fallito, finalizzato all'organizzazione e alla custodia dei beni della massa attiva fallimentare¹¹, in ragione della *necessità*, per il buon andamento della fase liquidatoria, di un momento gestorio dei beni da liquidarsi- per cui totalmente superata sarebbe una visione in termini di incompatibilità tra amministrazione e liquidazione¹². Potrebbe dirsi che una ponderata amministrazione e gestione dei beni del patrimonio del fallito sia condizione necessaria per la liquidazione¹³.

L'obiettivo di massimo realizzo dalla liquidazione presuppone che il compendio sia mantenuto nella piena efficienza e redditività, sino al momento della cessione in blocco. La fase di gestione dell'azienda del debitore, tramite l'affitto, nel corso del fallimento, assume un valore peculiare, e strumentale all'attività di liquidazione. Solo e soltanto tramite una conduzione dinamica del patrimonio fallimentare è possibile garantire il mantenimento della funzionalità degli apparati produttivi e dei rapporti giuridici individuabili in blocco. La liquidazione è sì la fase di conversione dei beni in denaro, destinato al soddisfacimento dei debiti rimasti insoddisfatti dal fallito, ma presuppone l'amministrazione dei beni da liquidarsi, e della *res* azienda, in particolare, che costituisce, di solito, la gran parte della massa attiva¹⁴.

Ma se la gestione provvisoria dell'azienda è una *necessità* per la procedura, è possibile che il curatore valuti di incentivare la partecipazione al procedimento di selezione dell'affittuario, in modo da poter assicurare la presentazione di offerte da parte di soggetti interessati.

In questo senso, la prospettiva di un diritto di prelazione all'acquisto, può rappresentare, di certo, uno stimolo all'intervento nel procedimento di scelta dell'affittuario. Il collegamento ad un'acquisizione futura dell'azienda potrebbe rendere

¹⁰ Sul punto M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.; G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1663 ss.; F. FIMMANÒ, *sub art. 104*, cit., 1584.

¹¹ Così F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 449.

¹² Si vedano le riflessioni di G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1662 ss.

¹³ Cfr. F. FIMMANÒ, *sub art. 104*, cit., 1584.

¹⁴ Si veda M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.; G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1662; F. FIMMANÒ, *sub art. 104*, cit., 1584.

più appetibile lo strumento dell'affitto¹⁵, non più limitato dalla dimensione provvisoria della gestione, nell'arco del rapporto, la cui durata deve peraltro essere parametrata alle esigenze della liquidazione.

La prelazione convenzionale permetterebbe, dunque, di pervenire all'affitto endofallimentare più agevolmente, tramutando l'istituto in sicuro "ponte" verso la cessione in blocco del complesso. Per cui le valutazioni della convenienza dell'operazione negoziale da parte dei potenziali offerenti potrebbero non essere più ristrette all'arco temporale ridotto della concessione in godimento dell'azienda, per abbracciare, invece, visioni di medio-lungo periodo, che rendano più invitante il progetto di fitto.

Sembrerebbe delineata, dunque, la prima funzione della prelazione convenzionale *ex art. 104-bis*, co. 5, l. fall.: quella di incentivo alla partecipazione alla gara per la scelta del contraente da parte di potenziali affittuari.

Da questo punto di vista, riterrei necessario, già al momento della presentazione della proposta d'affitto da parte del curatore, esplicitare l'intenzione di inserire, nel futuro contratto, una clausola di prelazione in favore dell'affittuario. Ciò, da un lato, consentirebbe l'effetto di incentivo alla presentazione di offerte di potenziali interessati, dall'altro, permetterebbe al Giudice Delegato e al comitato la valutazione della convenienza, per la procedura, della clausola, in vista della sua autorizzazione "espressa".

Ma l'effetto di incentivo per la disposizione dell'affitto endofallimentare non sarebbe sufficiente a giustificare il sacrificio imposto ai creditori, in ragione dell'introduzione della clausola di prelazione, là dove si riconoscesse, in ogni caso, un contrario risultato depressivo del prezzo di vendita del complesso aziendale, in sede di procedura competitiva *ex art. 107 l. fall.*

L'affitto endofallimentare, nella sua funzione tipica, deve mirare alla "più proficua vendita" dell'azienda, per cui sarebbe incompatibile con le finalità dell'operazione, di massimizzazione del ricavato dalla cessione in blocco del compendio, per il maggior possibile soddisfacimento dei creditori, un diritto di prelazione che comprometta le possibilità di ottimale realizzazione¹⁶.

¹⁵ A. JORIO, *La crisi*, cit., 673.

¹⁶ F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 433 ss.; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1385; F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, 1650; ID., *L'affitto*, cit., 433 ss.; B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 716 ss.; nel vigore del

Lo spirito del legislatore della riforma, per la fase liquidatoria fallimentare, è stato quello di privilegiare una cessione *in blocco* e razionalizzata del compendio, in luogo di una vendita atomistica¹⁷, che comporterebbe il disperdersi di valori che solo la liquidazione del complesso produttivo nella sua integrità, o di un ramo dell'azienda nella sua unità funzionale, può valorizzare.

Ruolo centrale in questa direzione gioca, sull'esempio di esperienze straniere- si pensi all'*Insolvenzplan* che costituisce il perno dell'*Insolvenzverfahren* tedesca, che nella sua conformazione in termini di *Liquidationplan* tanta parte ha avuto, di certo, nella previsione della norma di cui all'art. 104-ter l. fall.-, il programma di liquidazione come nucleo meditato della fase di liquidazione¹⁸, sistematicamente progettata nelle sue fasi essenziali dal curatore, e sottoposta all'approvazione del comitato dei creditori, in grado di conoscere e valutare con effetto vincolante rischi e strategie che gli organi della procedura intendano seguire. La liquidazione dell'attivo fallimentare è dunque pianificata in anticipo e non più rimessa alle opportunità di realizzazione dell'attivo che si presentino in maniera poco coordinata ed estemporanea nel corso della liquidazione¹⁹.

Così, l'inserimento programmatico di un momento di concessione in godimento dell'azienda, e di un'eventuale prelazione per l'affittuario, deve rispondere, e non confliggere, con la strategia liquidatoria generale delineata o da delinearsi nel programma.

L'affitto in corso di procedura potrà, e dovrà nel disegno tipico del legislatore, presentare carattere prodromico rispetto alla futura vendita. Si potrà cioè disporre l'affitto dell'azienda del fallito- e anzi è questa la funzione tipica dell'istituto- in vista della futura cessione unitaria dell'azienda, per consentire la conservazione di quei valori che un'interruzione repentina dell'attività di impresa del fallito pregiudicherebbe definitivamente, e che potrebbero condizionare la vendita in corso di procedura,

testo previgente, come visto, sostenevano l'inammissibilità di una clausola di prelazione per l'affittuario in seno al contratto d'affitto, sul rilievo che avrebbe violato il principio della parità di trattamento degli offerenti nell'espropriazione forzata, pregiudicato l'esito dei futuri incanti, e l'interesse dei creditori G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 25; A. BASSI, *L'affitto*, cit., 333; e nella giurisprudenza risalente, Trib. Ariano Irpino, 20 aprile 1958, in *Foro it.*, 1959, I, 685; App. Napoli, 29 settembre 1959, in *Dir. Fall.*, 1959, II, 982.

¹⁷ Così anche M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 683 ss.

¹⁸ Si veda M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.

¹⁹ Così M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.

quantomeno nel senso di una valorizzazione dell'azienda e dunque di massimizzazione del ricavato in sede di liquidazione²⁰.

Le due operazioni, affitto e vendita, a questo punto, potranno risultare connesse dal riconoscimento in via pattizia di un diritto di prelazione da parte dell'affittuario, e in questa direzione l'istituto potrebbe assumere particolare conformazione, rispondendo a esigenze del futuro acquirente di vagliare durante il periodo di concessione in godimento dell'azienda le potenzialità produttive del complesso imprenditoriale del fallito, e dunque la convenienza di un eventuale successivo acquisto²¹.

Dunque, attribuendo all'operazione di concessione in godimento caratteri di maggior stabilità, per la concessione con la futura cessione in blocco, la prelazione convenzionale *ex art. 104, co. 5, l.fall.*, potrebbe risultare funzionale "alla più proficua vendita dell'azienda o di parti di essa".

In questo senso potrebbe risultare coerente la giustificazione che alla norma dava la Relazione Illustrativa al d.lgs. n. 5 del 2006, individuata nell'esigenza di incentivare gli investimenti sull'azienda da parte dell'affittuario²².

La prospettiva di poter proseguire l'attività di impresa tramite l'azienda, anche a seguito della cessazione del contratto d'affitto, potrebbe spingere l'affittuario a valorizzare il compendio, in una prospettiva di medio-lungo periodo.

Il collegamento tra l'affitto e la vendita tramite l'anello congiuntivo della prelazione permette di concepire funzionalmente come "unitaria" l'operazione negoziale, con una preventiva individuazione, del futuro acquirente, nell'attuale affittuario, il quale potrà maturare una fondata aspettativa circa la continuazione dell'attività anche oltre la fase "provvisoria" dell'affitto, così da portare avanti una strategia orientata all'incremento della redditività del compendio e non al profitto sterile nel breve termine²³.

L'affittuario, "vedendosi" già "futuro proprietario" del compendio, come titolare del diritto di prelazione, potrà investire, con maggior impegno e fiducia, risorse

²⁰ Così F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, 1629; ID., *L'affitto*, cit., 463 ss.; F. LICONTI, *L'esercizio*, 424; ID., *L'affitto*, cit., 433 ss.; L. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 75-76.; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1385.

²¹ Si veda F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 433 ss.; ID., sub *art. 104-bis*, cit., 1650.

²² Sul punto F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 433 ss.; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1385; U. APICE, *Modi*, cit., 610; A. CAIAFA, *Fallimento: affitto dell'azienda e sorte dei rapporti di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 1993, 601.

²³ Si vedano F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 433 ss.; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1384-1385.

nell'impresa, che ha interesse a valorizzare, per poter, in futuro, godere dei frutti dell'impegno presente, in corso d'affitto.

Il *surplus* che la prelazione convenzionale porta con sé per l'affittuario è la prospettiva di medio-lungo termine, l'ancoraggio di stabilità, ed è tale plusvalore che poi si riverserà sull'azienda, in termini di avviamento guadagnato, da realizzare, per la procedura, in sede di cessione in blocco.

Non solo, l'attribuzione della prelazione all'affittuario e la considerazione unitaria dell'asse affitto-vendita consentirà alla procedura di assicurarsi, per il futuro, un soggetto interessato all'acquisto; il conduttore, infatti, con tutta probabilità, cercherà di sfruttare a suo vantaggio il diritto di preferenza ottenuto, e sarà interessato a portare avanti con profitto l'attività, già nella fase iniziale di gestione, per poi giovare dell'avviamento acquisito, a seguito della vendita²⁴.

Dunque, la previsione della prelazione rappresenterà un incentivo per il prelazionario alla partecipazione alla futura procedura competitiva di vendita, programmata già al momento dell'affitto²⁵.

E ciò, soprattutto, là dove si aderisca alla tesi, elaborata con riferimento alla prelazione di cui all'art. 3, l. 223/1991²⁶, che nell'attuale panorama normativo suscita alcune perplessità, della qualificazione della prelazione dell'affittuario, che, comunque, nella fattispecie di cui all'art. 104-bis, co. 5, l. fall. non presenta natura legale- se non nella misura in cui l'ammissibilità della clausola sia riconosciuta dalla legge, che la sottopone a un particolare regime autorizzatorio- potendo essere attribuita solo in via di espressa pattuizione, alla stregua di prelazione "impropria". Per prelazione impropria si intende l'ipotesi in cui il diritto di prelazione "sembrerebbe atteggiarsi non più soltanto come una semplice preferenza rispetto ai terzi nell'acquisto di un dato bene a parità di condizioni, bensì come diritto del prelazionario di beneficiare, in tale acquisto, di condizioni solo formalmente paritetiche, ma in realtà, più vantaggiose di quelle offerte

²⁴ Nello stesso senso, sembrerebbero F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 433 ss.; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 385.

²⁵ Per riflessioni simili, F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 433 ss.; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1385; U. APICE, *Modi*, cit., 610; A. CAIAFA, *Fallimento*, cit., 1993, 601

²⁶ Si veda R. CARLEO, *Prelazione legale e interessi dei creditori*, Milano, 2000, 70 -71; Cass. 3 marzo 1997, n. 1850, in *Fall.*, 1997, 1100 e in *Dir. fall.*, 1997, II, 863 con nota di D. DI GRAVIO, *La partecipazione del giudice delegato al collegio del reclamo*, che attribuisce rilevanza anche alla mera circostanza della situazione di incertezza che deriverebbe dal mancato accoglimento dell'offerta d'acquisto del prelazionario, che determinerebbe, a parità di condizioni, una maggiore convenienza dell'offerta di quest'ultimo.

dal terzo”²⁷, con la conseguenza di rafforzare la protezione del titolare del diritto di prelazione a discapito del terzo offerente. L’effetto di pregiudizio della prelazione “impropria” anche e soprattutto nei confronti dell’alienante²⁸, invece, nel caso di specie, potrebbe anche non verificarsi, purché per la determinazione del prezzo di vendita si rispettino, come vedremo le procedure competitive di cui all’art. 107 l. fall.

Il vantaggio dell’affittuario non andrebbe tanto visto in discipline di favore verso l’acquisto del conduttore (in termini, ad esempio, come avviene per la prelazione agraria, di possibilità di accedere a mutui agevolati o a dilazioni di pagamento), ma nella circostanza di fatto che il prelazionario può acquistare il bene allo stesso prezzo, formalmente, offerto dal terzo, che però per tale terzo risulta essere ridotto in considerazione della svalutazione derivante dall’occupazione del bene medesimo da parte dello stesso prelazionario, il quale viene così a beneficiare della riduzione che non lo riguarda, essendo il bene, dal suo punto di vista, libero; o, ancora, nella maggiore convenienza per la procedura dell’offerta del prelazionario rispetto a quella, a parità di tutte le altre condizioni, di altri offerenti, in sede di vendita endofallimentare, dovuta all’assenza di incertezza conseguente alla possibilità, da parte del conduttore medesimo, di esercitare il diritto di preferenza²⁹.

L’affittuario dovrebbe essere propenso, dunque, visto il vantaggio accordatogli dalla prelazione, a presentare un’offerta in sede di vendita partecipando alla procedura competitiva, o, comunque, essere incline all’acquisto dell’azienda³⁰, cosicché, in corso di gestione provvisoria, sarà spinto a valorizzarla, per poter poi profittare del maggior avviamento nel momento in cui riuscirà ad acquistare “in proprietà” il compendio aziendale³¹.

Dunque l’assunzione di connotati di “definitività” dell’operazione, tramite la congiunzione strutturale tra affitto e vendita, dal lato soggettivo del conduttore-compratore, data dalla prelazione convenzionale, potrebbe risultare funzionale alla

²⁷ R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 70 -71, con riferimento alla prelazione agraria e del locatore, nonché alla prelazione dell’affittuario ex art. 3, l. 223/1991; L. V. MOSCARINI, voce *Prelazione*, cit., 981 ss.

²⁸ Si veda R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 70 -71; L. V. MOSCARINI, voce *Prelazione*, cit., 981 ss.

²⁹ Così con riferimento alla prelazione ex art. 3, co. 4, l. 223/1991, Cass. 3 marzo 1997, n. 1850, in *Fall.*, 1997, 1100. In dottrina, R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 72 s.

³⁰ Sembrano dello stesso avviso F. LICONTI, *L’affitto*, cit., 419 ss.; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1384-1385; U. APICE, *Modi*, cit., 610; A. CAIAFA, *Fallimento*, cit., 601

³¹ Per riflessioni simili, F. LICONTI, *L’affitto*, cit., 433 ss.; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1385; U. APICE, *Modi*, cit., 610; A. CAIAFA, *Fallimento*, cit., 1993, 601

massimizzazione del ricavato dalla vendita in blocco dell'azienda. L'obiettivo della più proficua vendita verrebbe qui preferito spingendo verso la miglior gestione ipotizzabile da parte del conduttore. Le esternalità negative dovute alla transitorietà del rapporto d'affitto verrebbero ridotte ed eliminate dall'aspettativa, fondata sul riconoscimento del diritto di preferenza sulla futura vendita, del conduttore di acquisire l'azienda; cosicché la gestione dell'impresa, in corso d'affitto, sarà orientata sui medesimi criteri che connotano le strategie manageriali dell'imprenditore che ha la disponibilità dell'azienda a titolo definitivo, e non solo in forza di un temporaneo diritto personale di godimento³².

Si potrebbe, a ben vedere, obiettare che il riconoscimento di un diritto di prelazione sul compendio all'affittuario, lungi dall'incentivarlo a investire sull'azienda, nella prospettiva di una sua futura, prevedibile, acquisizione, piuttosto lo indurrebbe a deprimere, maliziosamente, il valore del complesso aziendale, in modo da lucrare sull'acquisizione e spuntare il minor prezzo possibile, scoraggiando potenziali interessati all'acquisto³³.

Ma, a dire il vero, è di agevole constatazione che l'affittuario potrebbe non avere alcuna convenienza a deprimere il complesso aziendale, in quanto, è vero che, con una gestione tesa dolosamente non a valorizzare, bensì a disperdere gli *asset* ancora positivi dell'azienda affittata, potrebbe riuscire a ridurre il prezzo d'acquisto dell'azienda, ma, di contro, si troverebbe titolare di un compendio dal valore di gran lunga ridotto.

Inoltre, il legislatore ha predisposto rimedi che possano impedire condotte abusive da parte dell'affittuario in corso di rapporto: in questa direzione, muove il riconoscimento del diritto di recesso al curatore *ex art. 104-bis*, co. 2, che può essere esercitato a fronte di una gestione infruttuosa o al limite, maliziosamente tendente a ridurre il valore del compendio, da parte dell'affittuario. In questo caso, il diritto di recesso si configurerebbe come rimedio per condotte contrarie a buona fede del conduttore, per liberare la procedura da qualunque vincolo di preferenza dell'affittuario in sede di vendita.

³² Per riflessioni simili, F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 433 ss.; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1385; U. APICE, *Modi*, cit., 610; A. CAIAFA, *Fallimento*, cit., 601

³³ F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 466; ID., sub *art. 104-bis*, cit., 1650, secondo il quale l'affittuario sarebbe l'unico soggetto in grado di conoscere l'intrinseco ed effettivo valore aziendale e soprattutto, entro certi limiti, in grado di comprimerlo rispetto ai valori di perizia per scoraggiare eventuali interessati all'acquisto.

Sembrirebbe dunque corretto affermare che la prelazione convenzionale possa risultare funzionale alla più proficua futura vendita in blocco dell'azienda. Il diritto di prelazione convenzionale potrebbe risultare conforme all'istanza, come da espressa previsione nella Relazione ministeriale alla legge fallimentare³⁴, di sollecitazione dell'affittuario agli investimenti nel compendio aziendale, così incrementandone l'interesse sul mercato.

Ancora, è stato innovativamente proposto in dottrina³⁵ di concepire la prelazione convenzionale come strumento per attrarre capitale sul mercato del credito. Nella prospettiva dell'affitto endofallimentare, la prelazione del conduttore potrebbe divenire occasione acquisitiva di nuovi finanziamenti, in quanto l'azienda potrebbe fungere da garanzia per i creditori, nonostante detenuta a titolo di concessione in godimento: nel senso della sua funzionalità ad agevolare la concessione di credito all'affittuario, per l'esercizio dell'attività di impresa.

I finanziamenti concessi da terzi verrebbero garantiti da aspettative di futura acquisizione in proprietà del compendio aziendale, da parte dell'affittuario, in forza dell'esercizio del diritto di prelazione pattiziamente previsto nel contratto. Il diritto di prelazione assurgerebbe al ruolo insolito di garanzia *in progress* sull'azienda³⁶.

Tanto che si è proposto³⁷ un accostamento tra l'operazione negoziale così strutturata, di affitto dell'azienda con riconoscimento di un diritto di prelazione all'affittuario, per la sua capacità di risultare attrattiva di nuova finanza, e l'istituto di diritto inglese della *floating charge*³⁸, garanzia attuale, avente ad oggetto la stessa attività di impresa nel suo *going concern*, che grava su tutti i beni del patrimonio del debitore. Nella struttura giuridica dell'operazione, l'impresa del debitore continua, e non sussiste alcun vincolo al potere di disposizione del debitore sul suo patrimonio. Si ha però il correlativo vantaggio, per il creditore, di godere di una garanzia

³⁴ In essa, infatti, l'ammissibilità della prelazione convenzionale "è stata ritenuta opportuna, proprio come mezzo per incentivare l'affittuario ad effettuare investimenti sull'azienda, onde rafforzarne il suo successivo interesse acquisitivo", così A. PATTI, *Affitto*, cit., 79.

³⁵ Si veda A. PATTI, *Affitto*, cit., 78 ss.

³⁶ Si veda A. PATTI, *Affitto*, cit., 78 ss.

³⁷ Si veda A. PATTI, *Affitto*, cit., 78 ss.

³⁸ Si vedano: I. FLETCHER, *The Law of Insolvency*, cit., 68; V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, cit., 636-637. Per utili riferimenti, in lingua italiana sul tema: E. GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, in *Banca d'Italia - Quaderni di ricerca giuridica*, 2000, 51; ID., *L'azienda come garanzia: la floating charge inglese*, in *Fall.*, 2002, 979; P. DE GIOIA-CARABELLESE, *Le insolvenze*, cit., 532.

omnicomprensiva, che, al verificarsi di uno degli eventi di *fissazione* (tra i quali, in particolare, la cessazione dell'attività di impresa o la sua liquidazione), si consolida su tutti gli *asset* (così divenendo *fixed charge*³⁹). Il creditore potrà poi nominare un *administrative receivership*, che, in caso di insolvenza, assuma il controllo dell'impresa, non limitandosi alla liquidazione di singoli beni.

Anche con l'affitto endofallimentare, con clausola di prelazione a favore dell'affittuario, l'azienda potrebbe andare a rappresentare garanzia *in fieri* per i creditori dell'impresa dell'affittuario, in vista della sua acquisizione da parte del conduttore.

Il diritto di prelazione potrebbe dunque essere concesso anche come incentivo a erogare finanziamenti all'impresa, sotto la nuova, e tendenzialmente consolidata, gestione dell'affittuario.

Da ultimo, il riconoscimento di un diritto di prelazione all'affittuario su base pattizia potrebbe risultare coerente anche con l'effetto di ripristino del tradizionale rapporto tra gestione e rischio di impresa, tipico dell'impresa solvibile, che l'affitto endofallimentare mira a realizzare.

Come visto, l'istituto in esame può essere concepito come strumento di riallocazione del rischio d'impresa, che con l'emergere dello stato di insolvenza era iniquamente migrato sui creditori, in capo al terzo affittuario, che risponderà in via esclusiva delle obbligazioni assunte nel corso dell'attività. L'affitto dell'azienda del fallito consente infatti, da un lato, la continuazione dell'attività del debitore, dall'altro, esonera i creditori dal rischio di impresa, che graverà sul terzo affittuario.

La previsione di una clausola di prelazione in favore dell'affittuario consente di creare una connessione strutturale tra affitto e vendita dell'azienda, con previa individuazione del soggetto cessionario del complesso aziendale già al momento dell'affitto.

Il potere gestorio che viene attribuito all'affittuario, in parallelo con l'attribuzione del relativo rischio, da cui vengono sollevati i creditori, assume caratteri di definitività, alla luce della concreta aspettativa, che sul diritto di prelazione risulta fondata, di una futura acquisizione in blocco dell'azienda. L'effetto di riallocazione del *business risk*, e di ripristino di una situazione tipica dell'impresa *in bonis*, riguardo al

³⁹ Si veda V. FINCH, *Corporate*, cit., 91 ss.; 258 s.

rapporto tra *controllo* e *proprietà* dell'impresa e alea dell'attività, trascende il momento transitorio, limitato, del rapporto d'affitto, per acquisire connotati di stabilità e certezza.

2 *Le differenze di sistema tra la prelazione legale sull'azienda "socialmente rilevante", di cui all'art. 3, della legge n. 223/1991, e la prelazione convenzionale di cui all'art. 104-bis, co. 5, l. fall.*

Cercata la *ratio* dell'introduzione della prelazione convenzionale di cui all'art. 104-bis, co. 5, l. fall., occorre, ora, soffermarsi sulla distinzione sistematica tra il patto di preferenza in esame e la normativa in materia di affitto di "aziende socialmente rilevanti", di cui alla l. n. 223/1991, in cui può evincersi una congiunzione radicata tra l'affitto e la vendita endofallimentare, tramite il connettivo della prelazione legale riconosciuta al terzo affittuario.

La disposizione di cui all'art. 3, co. 4, l. n. 223/1991, si giustificava in un'ottica di incentivazione alla presa in gestione di aziende di peculiare importanza dal punto di vista dimensionale e occupazionale, la cui terminazione e dissoluzione, con una interruzione dell'impresa in seno alla fase liquidatoria, avrebbe determinato gravissime conseguenze sul piano sociale⁴⁰.

Come visto, il legislatore della riforma della legge fallimentare ha deciso di non replicare la disposizione sul diritto di prelazione legale all'affittuario sull'azienda, optando per la, di certo meno incisiva, prelazione convenzionale, da prevedere pattiziamente come clausola del contratto.

Il momento strutturale di connessione, tra affitto endofallimentare e prossima vendita, declina per convergere verso una facoltà di scelta in tal senso da parte degli organi della procedura, in via pattizia.

⁴⁰ E d'altronde proprio la *ratio* della disposizione è stato uno degli argomenti che hanno fatto propendere per l'applicazione della norma al caso di affitto disposto a seguito della dichiarazione di fallimento e non al caso di affitto preesistente: così Trib. Siena, 7 ottobre 2001, cit., 511, con nota di M. NALDINI; nello stesso senso, S. MARCHETTI, in nota a Trib. Monza, 29 aprile 1992, in *Fallimento*, 1993, 190, nonché U. APICE, *Le procedure*, cit., 201; ID., *Modi*, 612; F. SEVERINI, *Il diritto*, cit., 229. Ma si veda *contra* D. DI GRAVIO, *Il diritto*, cit., 203; ID., *La situazione*, cit., 615.

D'altronde, l'intervento del 1993 si spiegava come esito di un complesso percorso di operazioni settoriali e speciali⁴¹, per la gestione della crisi di aziende con i requisiti per l'accesso alla cassa integrazione guadagni, considerate in dottrina "socialmente rilevanti"⁴²; trapelava come urgente e pressante la preoccupazione per la conservazione dei posti di lavoro. Il mantenimento dei livelli occupazionali costituiva *ratio* definitiva dei ricordati interventi, con forti ripercussioni in sede applicativa.

Così l'impostazione legislativa, per le aziende che rispondessero ai requisiti occupazionali e dimensionali previsti dalla l. n. 223/1991, trovava cardine in una particolare procedura, che comportava anche una fase di informazione e consultazione sindacale, per la regolazione della crisi di impresa, a tutela del dato occupazionale, riconducibile alla previsione costituzionale di cui all' art. 4 Cost.⁴³.

Il rilievo accordato al mantenimento dei livelli di occupazione ha portato alcuni autori a parlare di una vera propria forma di intervento pubblico sul mercato che comporti una "socializzazione del dissesto"⁴⁴, ovvero una distribuzione delle conseguenze negative della crisi dell'impresa sulla comunità, e con imputazioni dei costi del fallimento sulla collettività e sui creditori. Sarebbe emersa un'ottica di *favor* per le aspettative di mantenimento dei posti di lavoro, per cui l'affitto, nella struttura

⁴¹ Infatti, sia l'art. 3 della legge n. 223 del 1991, sia l'art. 47 della legge n. 428 del 1990, si applicano in via esclusiva ad imprese assoggettate a procedure concorsuali e non a vicende circolatorie di aziende soggette a sequestro giudiziario o comunque oggetto di procedure esecutive individuali. L'art. 14, della legge n. 49 del 1985, ha previsto a favore di cooperative di lavoratori dipendenti da imprese soggette a procedure concorsuali, ammessi al trattamento della cassa integrazione guadagni e che abbiano in affitto, e più in generale in gestione, anche parziale, le aziende di appartenenza, un diritto di prelazione in caso di vendita coattiva delle stesse. Ma soprattutto l'art. 3 della legge n. 223 del 1991, ha sancito espressamente l'ammissibilità dell'affitto e della vendita endofallimentare dell'azienda nel caso di imprese dotate dei requisiti dimensionali per accedere al trattamento di cassa integrazione straordinaria, collegando i due istituti con il nesso del diritto di prelazione a favore dell'affittuario in funzione della successiva cessione.

⁴² Si veda sul punto esaustivamente F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 8 s.

⁴³ Si guardi anche all'art. 47 della legge n. 428 del 1990, che prevede, per il trasferimento di aziende in crisi che presentino i medesimi requisiti occupazionali previsti dalla legge n. 223, una procedura peculiare di informazione e consultazione sindacale, finalizzata ad agevolare la prosecuzione dell'attività di impresa a tutela dei livelli occupazionali, pur accettando la compressione di alcune garanzie in riferimento al singolo rapporto di lavoro subordinato. Non si può far a meno di notare, d'altronde, che il disposto dell'art. 47 era parte integrante del disegno di legge poi sfociato nella l. 223 del 1991. Il panorama normativo e giurisprudenziale europeo (si veda CGCE 10 luglio 1986, causa 235/84, in *Foro it.*, IV, c. 12 s.) aveva indotto a inserire la disposizione nel progetto di riforma del mercato del lavoro – da cui prese le mosse la l. 223/91 – contenente un titolo apposito dedicato alla "attuazione di direttive delle Comunità europee". Ma le lungaggini nell'approvazione della riforma, condussero a preferire lo stralcio della parte relativa al trasferimento d'azienda e il suo successivo inserimento in seno alla legge c.d.comunitaria n. 428 del 1990, così F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 320.

⁴⁴ Così F. FIMMANÒ, *Esercizio*, cit., 4.

della l. 223/1991, assurgeva ad alternativa rispetto al ricorso ad altri meccanismi di salvaguardia dei livelli occupazionali, i c.d. ammortizzatori sociali, in una fase di contrazione del mercato del lavoro e di crisi di impresa; per cui si sarebbe in presenza di una avanzata proposta di *job creation*⁴⁵. L'affitto endofallimentare consentiva, infatti, la prosecuzione dell'attività di impresa, e dei rapporti di lavoro, anche a discapito dell'interesse del ceto creditorio, cosicché non sarebbe stato necessario, per parte datoriale, il ricorso al trattamento di integrazione salariale straordinaria per i dipendenti aziendali.

Ma l'anelito alla protezione dei rapporti di lavoro non sembra alimentare il legislatore della riforma, che alla conservazione dei livelli occupazionali conferisce un ruolo, come visto, residuale, incidente solo sulla scelta dell'affittuario, per di più come criterio solo sussidiario e integrativo di quello riferito al c.d. *business plan*, a differenza di quanto avveniva per l'intervento del 1991.

La riforma della legge fallimentare sembrerebbe orientata alla conservazione riallocativa degli *asset* ancora positivi del compendio aziendale, non più con finalità di socializzazione della crisi a tutela dell'occupazione, come la legislazione speciale, ma con l'obiettivo di assicurare, *in primis*, il più proficuo soddisfacimento del ceto creditorio.

Sono profonde, dunque, le differenze di impostazione rispetto a finalità e funzioni della prelazione convenzionale, nella costruzione della norma di cui all'art. 104-bis, co. 5, l. fall., rispetto all'analogo istituto previsto dall'art. 3, co. 4, l. n. 223/1991.

La legge del 1991, riconoscendo l'ammissibilità della affitto in corso di fallimento, si contraddistingueva per un ambito applicativo soggettivo limitato alle sole aziende "socialmente rilevanti", ovvero aventi i requisiti dimensionali e occupazionali per accedere al trattamento della cassa integrazione straordinaria: solo per l'affitto di tali aziende si prevedeva l'*incentivo* della prelazione legale per il conduttore.

Si trattava di evitare il ricorso ad ammortizzatori come la cassa integrazione, per aziende con un notevole impatto sul piano sociale, individuando nell'affitto endofallimentare l'istituto in grado di consentire una prosecuzione dell'attività

⁴⁵ Si veda F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1644 ss.

imprenditoriale e la conservazione dei rapporti di lavoro, in precedenza alle dipendenze del fallito.

In tale ottica, il legislatore del '91 cercava di incentivare il fitto, *premiando* l'affittuario che prendesse in carico l'azienda e sopportasse i costi di prosecuzione dell'attività, per la conservazione dei rapporti di lavoro, nella prospettiva di un futuro acquisto del compendio aziendale: da ciò l'attribuzione al conduttore, che sgravasse la comunità dalle conseguenze negative della crisi dell'azienda socialmente rilevante, di un diritto di prelazione sull'azienda affittata⁴⁶.

Si ricollegava, dunque, l'istituto dell'affitto, la cui ammissibilità veniva riconosciuta positivamente, alla futura vendita dell'azienda tramite l'anello del diritto di prelazione all'affittuario.

Primaria era l'istanza di sostegno ai livelli occupazionali, in caso di crisi della parte datoriale: si mirava alla valorizzazione dell'azienda e alla continuazione dell'impresa, per impedire il pregiudizio che un'interruzione repentina dell'attività economica potesse derivare, non soltanto all'azienda, in termini prettamente economici, ma, in via specifica, ai dipendenti dell'imprenditore fallito, esposti al rischio dell'estinzione del rapporto di lavoro⁴⁷.

Per questo si spiegava la limitazione soggettiva nell'ambito di applicazione della norma, alle sole aziende aventi i requisiti per l'accesso alla cassa integrazione straordinaria, previsti dal co. 1 della l. n. 223/1991, nonché il panorama di sistema, in quanto la disposizione sull'affitto endofallimentare era inserita in un contesto normativo che di tutela del lavoro si occupava: l'affitto avrebbe rappresentato una soluzione alternativa al ricorso ad ammortizzatori sociali, come la CIGS⁴⁸.

Il riconoscimento del diritto di prelazione legale all'affittuario, che gestisca l'azienda socialmente rilevante, si giustificava in un'ottica premiale⁴⁹ e di incentivo a

⁴⁶ Si veda F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 71 ss.

⁴⁷ Così F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 71 ss.

⁴⁸ A tal punto che si è argomentato che i dipendenti ammessi in via temporanea al trattamento della cassa integrazione a seguito dell'apertura della procedura, che si opponessero successivamente all'assunzione da parte dell'affittuario, dovrebbe essere esclusi dal curatore rispetto ad eventuali proroghe dell'integrazione salariale. Così F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 109.

⁴⁹ In questa direzione Cass., 10 febbraio 1999, n. 1296, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 307, n. 1124; Cass., 3 novembre 1994, n. 9052, in *Fall.*, 1995, I, 963, con nota di G. LO CASCIO, *Cassa integrazione alle imprese in procedura concorsuale e prelazione dell'affittuario*; Trib. Roma, 7 gennaio 1993, e 25 febbraio 1993, in *Dir. fall.*, 1993, II, 35 con nota di E. NORELLI, *La prelazione dell'affittuario nella vendita fallimentare dell'azienda*; Trib. Napoli, 3 marzo 1994, in *Dir. fall.*, 1995, 968; Trib. Udine 27

carattere sociale⁵⁰, introducendo una deroga rispetto al principio cardine del maggior soddisfacimento dei creditori. E, d'altronde, proprio in questo carattere eccezionale si individuava l'argomento per impedire un'applicazione analogica dell'istituto anche alle imprese non aventi i requisiti per l'ammissione alla CIGS⁵¹.

La connotazione premiale della prelazione legale giustificava anche quell'orientamento, condivisibile, che limitava l'attribuzione del diritto in esame non all'affitto in sé, ma ai casi in cui la concessione in godimento dell'azienda a un terzo, con prosecuzione dell'attività di impresa, avesse evitato il ricorso, almeno per parte dei dipendenti, alla cassa integrazione guadagni straordinaria⁵². O, ancora, ai casi in cui il

novembre 1995, in *Dir. fall.*, 1996, II, 772; in dottrina F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 156- 157; Atti del convegno di Latina del 21 novembre 1992 su "*Impresa in crisi: conservazione affitto e prelazione*", in *Dir. fall.*, 1993, I, 197 s.

⁵⁰ Così Cass., 14 maggio 1998, n. 4852, in *Fall.*, 1999, 593; Cass., 27 aprile 2006, n. 9694, in *Fall.*, 2007, 105; F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 157

⁵¹ Tra le altre, Cass. civ., 14 maggio 1998, n. 4852, in *Fall.*, 1999, 593, con nota di M. NALDINI; Cass. civ., 5 maggio 2000, n. 5643, in *Dir. fall.*, 2000, II, 690, con nota di G. RAGUSA MAGGIORE, *Affitto dell'azienda e prelazione dell'affittuario: disciplina generale o speciale?*; da ultimo, Cass. civ., 27 aprile 2006, n. 9694, cit., ; in dottrina F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 158.

⁵² Si vedano M. MASTROGIACOMO, *Il diritto di prelazione dell'affittuario nella legge n. 223 del 1991*, in *Dir. Fall.*, 1993, 264 ss.; B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 716; in giurisprudenza Cass., 3 novembre 1994, n. 9052, in *Fallimento*, 1995, 398; ed in *Giust. civ.*, I, 963, con nota critica di G. LO CASCIO, *Cassa integrazione alle imprese in procedura concorsuale e prelazione dell'affittuario*, che ha escluso che il diritto di prelazione potesse essere riconosciuto all'affittuario quando per difetto dei necessari presupposti di legge al fallito non potesse essere applicato il trattamento salariale di cui alla l. n. 223/1991; Trib. Bergamo, 10 giugno 1997, *Fall.*, 1998, 402; Trib. Udine, 27 novembre 1995, in *Dir. fall.*, 1996, II, 772; Trib. Roma, 7 gennaio 1993, e 25 febbraio 1993, in *Dir. fall.*, 1993, II, 991; Trib. Napoli, 3 marzo 1994, in *Dir. fall.*, 1995, II, 965, secondo cui il diritto di prelazione è indissolubilmente legato alla salvaguardia attraverso il contratto dei livelli occupazionali; Trib. Siena, 7 ottobre 1991, in *Fall.*, 1992, 511, con nota di M. NALDINI, che ha affermato che l'art. 3, co.4, l. 223/1991 può riferirsi solo alla stessa ipotesi oggettiva dei commi precedenti della norma in parola, con la finalità di incentivare la gestione delle aziende in crisi. In senso contrario, però, si veda Cass., 25 marzo 1995, n. 3579, in *Fall.*, 1996, 26, con nota di M. NALDINI, *Prelazione dell'affittuario: prime innovazioni della Cassazione*; e in *Dir. fall.*, 1996, II, 43, con nota di D. DI GRAVIO, *La prelazione dell'affittuario nella vendita fallimentare dell'azienda nelle prime sentenze della Corte di cassazione*; in questo caso, la Corte ha escluso che il diritto di prelazione sia subordinato alla condizione dell'assunzione almeno parziale dei dipendenti: l'affitto dell'azienda del fallito, mantenendo quel bene in vita, alimenta comunque le auspiccate prospettive di futura cessione ed, anche indipendentemente dal mantenimento in servizio dei dipendenti del fallito, ha un'incidenza positiva sui livelli occupazionali del settore e nell'area interessata. Il che giustifica, secondo la Corte, che la finalità incentivante della prelazione si connetta alla vicenda in sé dell'affitto dell'azienda del fallito, collegandosi ad un "diritto" dell'affittuario, riconosciuto, in quanto tale, senza ulteriori condizioni. Si veda anche D. COLOMBINI, *La liquidazione dell'attivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, III, a cura di L. PANZANI, Torino, 2012, 563.

Su tale posizione è tornata, in seguito, nuovamente la Corte, per ribadire l'orientamento iniziale: si vedano, Cass., 14 maggio 1998, n. 4852, in *Fall.*, 1999, 593; e Cass., 27 aprile 2006, n. 9694, in *Fall.*, 2007, 105; Cass. 1 marzo 2012, n. 3225, in *Dir. & Giust.*, 2012, 361, che ribadisce che la prelazione, quale "speciale incentivo di carattere sociale", opera solo se l'affittuario, garantendo la continuazione dell'attività lavorativa dei dipendenti dell'impresa fallita, eviti l'erogazione da parte dello Stato di

rapporto d'affitto fosse ancora in corso, escludendo di contro la prelazione alla scadenza del contratto o comunque alla cessazione per altra causa dell'affitto⁵³.

Se la *ratio* della prelazione legale di cui all'art. 3, co.4, l. n. 223/1991, è conforme all'istanza di conservazione dei livelli occupazionali per imprese "socialmente rilevanti" insolventi, di cui si assicura la continuazione dell'attività, sembrano chiare le differenze di impostazione rispetto alla previsione di cui all'art. 104-*bis*, co. 5, l. fall.: l'istanza alla tutela occupazionale non anima la disposizione della legge fallimentare.

Ma qual è il rapporto tra la nuova previsione e la prelazione legale per l'affittuario di "aziende socialmente rilevanti", viste le analogie in termini di disciplina e la, almeno parziale, sovrapposizione che si determina tra le due ipotesi?

La possibilità di introdurre una clausola di prelazione nel contratto d'affitto endofallimentare, in favore del conduttore, ha fatto sorgere dubbi circa la permanenza in capo a quest'ultimo, in presenza dei requisiti di cui all'art. 3, co. 4, l. n. 223/1991, ma in assenza di una specifica clausola contrattuale, della prelazione legale⁵⁴.

Sul punto si è sostenuto che il disposto del nuovo art. 104-*bis*, co. 5, l. fall., sarebbe incompatibile con la previsione della l. n. 223/1991, cosicché in difetto di una previsione espressa in seno al regolamento contrattuale, la prelazione legale sarebbe destinata, sul piano degli effetti, a rimanere paralizzata⁵⁵. Si potrebbe, cioè, ritenere che si sia avuta un'integrale sostituzione del sistema precedente: nel disciplinare per la prima volta l'affitto endofallimentare, il legislatore non ha fatto alcun riferimento alla previsione contenuta nell'art. 3, co. 4, della l. n. 223/1991 (il cui ambito di applicazione

provvidenze di carattere sociale a favore dei lavoratori medesimi, ed è invece escluso se, per difetto dei necessari presupposti di legge, all'impresa fallita non può essere applicato il trattamento di intervento straordinario previsto nella citata legge n. 223/1991.

⁵³ Così da ultimo Cass. 16 aprile 2015, n. 7753, in *Dir. & Giust.*, 2015, 17, 40, Cass. 27 dicembre 2011, n. 28858, in *www.italgiure.it*, che ribadiscono che, in tema di affitto d'azienda, presupposto necessario perché l'affittuario eserciti il diritto di prelazione all'acquisto, previsto dall'art. 3, comma 4, l. n. 223/1991, nel caso in cui il concedente sia assoggettato a procedura concorsuale, è la sussistenza della qualità di affittuario, *de jure*, al momento della definitiva determinazione del prezzo di vendita: dovendosi, per contro, escludere quando il contratto di affitto sia cessato, pur se l'affittuario sia rimasto nella materiale detenzione dell'azienda, in carenza di un diritto di proroga *ex lege* del contratto.

⁵⁴ Si veda L. MANDRIOLI, sub art. 104-*bis*, cit., 1385.

⁵⁵ Così sembrerebbe L. PANZANI, *La tutela*, cit., 184; U. APICE-S. MANCINELLI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, 219 e 220, dove però si prende atto che una differente interpretazione dell'art. 104-*bis*, co. 5, l. fall. potrebbe indurre a ritenere compatibili fra loro prelazione legale e convenzionale, così da riservare l'operatività della prelazione convenzionale, ai soli casi in cui non possa riconoscersi all'affittuario *ex art.* 3, co. 4, l. n. 223/1991, la prelazione legale sull'azienda.

però è proprio quello dell'affitto nella fase di liquidazione fallimentare). L'assenza di ogni menzione alla disposizione di cui all'art. 3, co. 4, l. 223/91 nell'ambito della legge fallimentare, come riformata, potrebbe essere visto come indizio di una volontà di abrogazione tacita della disposizione, in modo da eliminare ogni vincolo *ex lege* in favore del conduttore per i casi di affitto di azienda socialmente rilevante, preferendo, anche per le fattispecie che potrebbero rientrare ancora nella previsione della legge del 1991, una valutazione discrezionale da parte degli organi della procedura e della controparte contrattuale⁵⁶.

Si tratta, però, probabilmente di una lettura eccessivamente restrittiva⁵⁷. Alla luce delle istanze differenti, a fondamento delle due discipline in esame, sembra preferibile ritenere che l'art. 104-bis, co. 5, l. fall., possa regolamentare le fattispecie nelle quali la prelazione *ex lege* sia destinata a non operare⁵⁸. In assenza di un'abrogazione espressa dell'art. 3, co. 4, l. n. 223/1991⁵⁹, lo stesso continuerà a operare, per le imprese aventi i requisiti dimensionali per l'accesso al trattamento di cassa integrazione guadagni⁶⁰, mentre per le imprese non "socialmente rilevanti", sarà rimessa alla discrezionalità degli organi della procedura la valutazione circa la convenienza o meno dell'attribuzione di una prelazione su base convenzionale all'affittuario⁶¹.

D'altronde, come visto, la prelazione legale all'affittuario, nella legge del 1991, rappresentava un'anomalia sistematica, mostrando di preferire l'interesse alla conservazione dei posti di lavoro, all'istanza del maggior possibile soddisfacimento dei creditori, come premio per l'affittuario che sgravasse l'impresa in crisi o insolvente e la collettività dagli oneri per i lavoratori subordinati, consentendo la prosecuzione dell'attività.

⁵⁶ Si vedano L. PANZANI, *La tutela*, cit., 184; U. APICE-S. MANCINELLI, *Diritto*, cit., 219 e 220.

⁵⁷ Si veda L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1385.

⁵⁸ Così, L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1385; ID., *La liquidazione*, cit., 450.

⁵⁹ Si veda A. CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2004, 434; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1385.

⁶⁰ Si vedano L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1385; F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 436; P. CENSONI, *Custodia*, cit., 97.

⁶¹ Così L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1386; M. SANDULLI, sub *art. 104-bis*, cit., 617, il quale ritiene che la medesima Relazione Illustrativa al d.lgs. n. 5 del 2006 sembri deporre in tal senso, prevedendo l'ampliamento della sfera applicativa del diritto di prelazione, "con la previsione ulteriore, rispetto al disposto della legge n. 223 del 1991, che quel diritto può essere concesso all'affittuario anche "convenzionalmente"; V. ZANICHELLI, *La nuova*, cit., 289.

Tutto ciò almeno sul presupposto che la prelazione legale all’affittuario, come visto, sia limitata alle sole azienda “socialmente rilevanti”⁶².

Se a fallire è un’impresa dotata dei requisiti per l’ammissione alla CIGS, ogni valutazione discrezionale da parte degli organi della procedura è esclusa in riferimento alla prelazione, riconosciuta *ex lege* dall’art. 3, co. 4, l. n. 223/1991. Negli altri casi trova applicazione la nuova previsione: la procedura può farvi ricorso allorché il riconoscimento di un diritto di prelazione in favore dell’affittuario risponda all’interesse della massa⁶³.

Comunque, la questione è destinata a perdere rilevanza, alla luce dell’abrogazione dell’art. 3, l. n. 223/1991, con decorrenza dal 1 gennaio 2016 (ritengo solo per le procedure aperte da tale data), ad opera dell’art. 2, co. 70, della l. n. 92/2012.

3 L’introduzione della clausola di prelazione in seno al contratto d’affitto. Il procedimento autorizzatorio.

In passato, uno degli argomenti ostativi all’opponibilità delle prelazioni, legali e convenzionali, al fallimento era rappresentato dalla pretesa incompatibilità strutturale tra diritto di preferenza e vendita coattiva⁶⁴. E’ stato, però, sostenuto⁶⁵ che non si darebbe incompatibilità astratta, di tipo tecnico, tra l’istituto della prelazione e la procedura concorsuale, ma piuttosto sussisterebbe un problema di compatibilità concreta tra le singole figure di prelazione e la fase liquidatoria coattiva.

⁶² Peraltro la formulazione dell’art. 104-bis l. fall. sembrerebbe in contrasto con la tesi sostenuta da D. DI GRAVIO, *Il diritto*, 203; ID., *La situazione*, 615, per il quale la disposizione di cui alla l. n. 223/1991 avrebbe riguardato il contratto d’affitto stipulato dall’imprenditore *in bonis* prima della dichiarazione di fallimento. Il legislatore del 2006, da un lato, ha infatti richiamato nella innovata normativa le procedure per l’esercizio del diritto di prelazione, anche se in questo caso riconosciuto in via convenzionale, previste dalla l. 223/91, dall’altro, ha riferito la previsione, questa volta indubitabilmente, al rapporto d’affitto disposto dagli organi della procedura in corso di fallimento.

⁶³ Così anche F.P. TOFFOLO, *La prelazione*, cit., 2033.

⁶⁴ In giurisprudenza, tra le più recenti, Cass., 19 novembre 2013, n. 17523, in *Riv. not.*, 2004, 495.

⁶⁵ Si veda F. FIMMANÒ, *L’affitto*, cit., 465; ID., sub *art. 104-bis*, cit., 1644 e ss.; R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 140 ss.; in giurisprudenza, Cass., 12 febbraio 2004, n. 2576, in *Mass. Foro*, 2004, che afferma che non c’è incompatibilità oggettiva o di sistema tra il diritto di prelazione e le vendite fallimentari, potendo essere peraltro l’esercizio del diritto coordinato con la struttura e le finalità di tali vendite.

D'altronde, si è detto, sia pur con riferimento alla sola prelazione legale, che il diritto di prelazione non si configura come mero strumento di formazione della volontà contrattuale, che possa apparire non coerente con la natura pubblicistica degli atti esecutivi, ma come “regola legale di preferenza nello scambio”⁶⁶, che, in quanto tale, non troverebbe ragione di essere disattesa quando l'immissione del bene sul mercato derivi, invece che dalla libera volontà dell'alienante, da una disposizione coattiva dell'ufficio fallimentare.

Si è visto come la fase liquidatoria fallimentare abbia attraversato un *iter* volto all'attenuazione dei profili pubblicistici, con l'abbandono delle rigide forme delle vendite mobiliari e immobiliari dell'esecuzione forzata, per accedere a forme e tecniche *privatistiche*, attente all'esigenza di celerità e massimizzazione del ricavato⁶⁷. Il ricorso a strumenti tipici dell'autonomia privata, anche in sede di liquidazione fallimentare, non deve certo condurre a impropri e affrettati accostamenti tra vendita volontaria e coattiva, ma può portare al ripensamento di alcuni istituti. Tra questi, anche quello del patto di preferenza, oggi consentito dallo stesso legislatore in sede di affitto endofallimentare.

Si tratta ancora una volta di una questione di bilanciamento di interessi: il legislatore riconosce la compatibilità strutturale tra prelazione e vendite coattive, ma rimette agli organi della procedura la valutazione circa la convenienza della prelazione all'affittuario per il fallimento.

Così, un rilievo essenziale acquista nel sistema dell'art. 104-*bis*, l. fall., il procedimento autorizzatorio per l'inserimento della clausola di prelazione, nonché la disciplina delle modalità di esercizio del diritto da parte dell'affittuario.

Quanto al primo profilo, il legislatore circonda la scelta della curatela di inserire il patto di preferenza in seno al regolamento contrattuale di particolari cautele. L'introduzione della clausola dovrà, infatti, essere *autorizzata* dal Giudice Delegato, previo *parere favorevole* del comitato dei creditori.

La previsione ha indotto a ritenere che l'introduzione della clausola di prelazione debba essere oggetto di uno specifico provvedimento o, quanto meno, di una specifica menzione in sede di decreto del Giudice Delegato di autorizzazione dell'affitto

⁶⁶ Così R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 69 ss.

⁶⁷ Ancora una volta il riferimento è a M. PERRINO, *La liquidazione*, cit., 682; ID., *Il programma*, cit., 1087 ss.; G. TERRANOVA, *La liquidazione*, cit., 1662.

endofallimentare⁶⁸. Non sembrerebbe potersi ritenere implicita, nell’autorizzazione all’affitto endofallimentare, l’opinione favorevole del Giudice verso la concessione della prelazione convenzionale, anche nel caso in cui di tale prelazione sia stata fatta menzione nella proposta d’affitto autorizzata. L’art. 104-bis, co. 5, l. fall., sembrerebbe imporre uno specifico onere motivazionale, sul punto della prelazione convenzionale, all’autorità giudiziaria. Il giudice dovrebbe richiamare espressamente ed autonomamente l’esistenza della clausola, per considerarla “espressamente” autorizzata⁶⁹.

La necessità di un’autorizzazione espressa sulla clausola di prelazione, da parte del Giudice delegato, sembra consentire l’introduzione del patto di preferenza anche successivamente e non in seno al contratto d’affitto, purché si rispetti il procedimento autorizzatorio qui descritto⁷⁰.

Dubbi potrebbe far sorgere la natura del controllo effettuato dal G.D. su tale peculiare aspetto dell’operazione negoziale: anche in questo caso sembrerebbe, però, potersi richiedere solo una valutazione di legittimità sostanziale da parte del giudice, cosicché, in presenza di parere favorevole del comitato dei creditori, l’autorizzazione della clausola potrebbe essere negata solo in caso di palese contrasto con le finalità generali e il quadro della strategia liquidatoria programmata dal Curatore, oltre che per vizi procedurali⁷¹.

Una precisazione, però, sembrerebbe imporsi, a distinguere tra contratto d’affitto disposto prima dell’approvazione del programma di liquidazione, e affitto come misura del programma, in relazione alle modalità di concessione della prelazione convenzionale⁷². Nel caso di affitto inserito nel piano di liquidazione, il programma

⁶⁸ Si veda V. ZANICHELLI, *La nuova*, cit., 1386; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1386.

⁶⁹ Così D. COLOMBINI, *La liquidazione*, cit., 561; A. PALUCHOWSKY, sub *art. 104-bis*, in *Codice del fallimento*, a cura di P. PAJARDI, M. BOCCHIOLA, A. PALUCHOWSKY, Milano, 2009, 1157; A. GALLONE-M. RAVINALE, *L’affitto*, cit., 148.

⁷⁰ Così, A. GALLONE-M. RAVINALE, *L’affitto*, cit., 150. Sulla possibilità che la prelazione venga concesso al momento della proroga dell’affitto, ad esempio, F. PASI, *Gli organi del fallimento: compiti e responsabilità nelle nuove procedure concorsuali*, a cura di S. SCOVAZZO e E. STASI, Assago, 2007, 106, nt. 107.

⁷¹ Per l’opinione per cui, ove il parere del comitato sia favorevole, residuerebbe comunque in capo al giudice delegato il potere di autorizzare o meno la clausola, in virtù della necessità imposta legislativamente del carattere “espresso” dell’autorizzazione, A. PALUCHOWSKY, sub *art. 104-bis*, cit., 1158.

⁷² Si veda L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1387.

dovrebbe prevedere l'introduzione della clausola, per vagliarne la compatibilità con le direttive per la fase di liquidazione progettate dalla Curatela⁷³.

Di particolare rilievo sistematico è la necessità del parere favorevole del comitato dei creditori, parere che, se negativo, va ritenuto vincolante⁷⁴: è la rispondenza della clausola di prelazione all'interesse della massa che dovrà essere vagliata, in modo da dissipare i dubbi, che proprio in punto di interessi potrebbero porsi, sulla compatibilità del patto di preferenza, come in concreto strutturato, rispetto alla funzione dell'operazione negoziale, sempre in concreto attuata.

Il comitato, come ufficio esponentiale degli interessi dei creditori, a conferma del *trend* di responsabilizzazione di tale organo, che percorre tutta la riforma della legge fallimentare, ha il compito di vagliare la coerenza della prelazione convenzionale rispetto alle finalità, liquidatorie e di massimizzazione del ricavato dalla futura cessione in blocco dell'azienda, della procedura⁷⁵.

D'altro canto, è allo stesso comitato, e, dunque, in definitiva, al ceto creditorio, che spetta considerare se la prelazione, nel contesto in esame, sia idonea ad agevolare, e non al contrario a pregiudicare, l'effetto redistributivo del rischio di impresa e della gestione dell'azienda, dai creditori, su cui il *business risk* era iniquamente migrato con l'insolvenza, al conduttore, che l'affitto mira a realizzare.

Peraltro, penso possa ritenersi che il parere negativo sulla clausola di prelazione, che rappresenta nodo centrale per la strutturazione complessiva dell'affitto, come anello di congiunzione con la futura vendita, si riverberi sul contratto, impedendone l'autorizzazione da parte del Giudice Delegato, salva la facoltà della Curatela di modificare la proposta d'affitto e sottoporla nuovamente ad autorizzazione, espungendo

⁷³ Così, L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1387; A. CAIAFA, *La liquidazione*, cit., 1135.

⁷⁴ Così D. COLOMBINI, *La liquidazione*, cit., 560-561; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1387; F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 466 ss.; A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 148; G. TEDESCHI, *Manuale*, cit., 423; B. ROVATI, *L'esercizio*, cit., 215; E. QUARANTA, *La liquidazione*, cit., 786; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 545; A. PALUCHOWSKY, sub *art. 104-bis*, cit., 1157; ID., *La liquidazione*, cit., 595-596, che afferma che, poiché la concessione in godimento di un'azienda con prelazione per l'affittuario potrebbe incidere negativamente sui creditori, il parere negativo dell'organo rappresentativo di questi ultimi è vincolante per l'autorità giudiziaria, così come, nell'ottica della privatizzazione delle scelte di convenienza che contraddistingue l'intera riforma, dovrebbe nondimeno esserlo uno positivo, nonostante la genericità dell'*art. 104-bis*, co. 5, l. fall., non esclude che il giudice delegato possa, allo scopo di tutelare gli interessi delle parti "anche al di là della loro comprensione dei fenomeni giuridici ed economici", negare l'introduzione della clausola, nonostante il giudizio favorevole del comitato.

⁷⁵ Si veda D. COLOMBINI, *La liquidazione*, cit., 560-561; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1387; F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 466 ss.

la prelazione convenzionale. Sembra coerente ritenere, infatti, che la clausola di prelazione possa giocare un ruolo essenziale per la strategia liquidatoria programmata dal Curatore, per cui la sua espunzione dovrebbe accompagnarsi alla facoltà della Curatela, di rimeditare la scelta medesima di procedere all’affitto.

Maggiori dubbi suscita, invece, la vincolatività “in positivo” del parere del comitato⁷⁶; e, in particolare, la facoltà dell’organo rappresentativo degli interessi dei creditori di incidere sulla struttura della clausola, condizionando il parere favorevole alla modifica della pattuizione in senso conforme alle indicazioni del comitato (si pensi ad aspetti quali la durata del patto di preferenza ecc.).

3.1 Le modalità di esercizio del diritto di prelazione: la determinazione del prezzo di vendita, la denuntiatio, l’esercizio della prelazione. Limiti oggettivi e soggettivi del patto di preferenza.

Se, dunque, il procedimento autorizzatorio garantisce la ponderatezza della scelta della prelazione convenzionale per l’affittuario, e la sua rispondenza, nelle valutazioni degli organi della procedura, e del comitato in particolare, all’interesse del ceto creditorio, rimane il problema della compatibilità strutturale del patto di preferenza con le modalità di liquidazione dell’attivo fallimentare.

Va dato conto cioè delle potenzialità depressive del prezzo di vendita e, già a monte, della partecipazione alla gara d’acquisto di potenziali interessati, della prelazione convenzionale accordata all’affittuario.

Per evitare i possibili effetti distorsivi del diritto “di preferenza” occorre operare sul piano dell’esercizio del diritto di prelazione: la riforma ne indica sommariamente le fasi, regolando la determinazione del prezzo di vendita e la *denuntiatio* da parte degli organi della procedura.

Si è notato come il nuovo sistema di vendita endofallimentare dell’azienda renda più agevole il funzionamento procedimentale del diritto di prelazione⁷⁷. Ciò permette di

⁷⁶ In questo senso, sia pur con dei *distinguo*, A. PALUCHOWSKY, sub *art. 104-bis*, cit., 1157; ID., *La liquidazione*, cit., 595-596.

⁷⁷ F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1652

superare l'assunto giurisprudenziale⁷⁸ per cui la prelazione sarebbe stata incompatibile con la vendita all'incanto, con aperture invece per i casi di cessione a trattativa privata. L'abbandono delle procedure di vendita mobiliari e immobiliare previste dal codice di procedura civile e l'approdo al sistema snello e deformalizzato delle procedure competitive *ex art. 107 l. fall.* semplifica di gran lunga il compito dell'interprete nel delineare, al di là delle brevi indicazioni legislative, il procedimento che consenta all'affittuario di esercitare la prelazione sull'azienda.

L'art. 104, co. 5, l. fall. prevede che l'esercizio della prelazione debba avvenire "esaurito il procedimento di determinazione del prezzo di vendita dell'azienda o del singolo ramo".

La norma presenta evidenti analogie con il disposto dell'art. 3, co. 4, l. n. 223/1991, che disponeva che la *denuntiatio* all'affittuario da parte dell'autorità preposta alla vendita dovesse avvenire "una volta esaurite le procedure previste dalle norme vigenti per la definitiva determinazione del prezzo di vendita dell'azienda".

Le differenze nel tenore letterale tra le due disposizioni- nel caso della norma fallimentare si usa il singolare, "procedimento di determinazione del prezzo", nel caso della norma lavoristica si usa il termine "procedure" al plurale, e la determinazione del prezzo si precisa come *definitiva*- non hanno mancato di alimentare dubbi e incertezze, circa possibili distinzioni in termini di esercizio del diritto, tra prelazione legale e convenzionale.

Cosa deve intendersi, alla luce della nuova normativa, per *procedimento di determinazione del prezzo di vendita*?

Secondo una prima interpretazione, già proposta con riguardo alla prelazione legale *ex art. 3, co. 4, l. n. 223/1991*, l'espressione andrebbe riferita alla conclusione del procedimento di stima⁷⁹. La prelazione, in questa impostazione, assurgerebbe a "diritto immediato e preclusivo da consumare, *una tantum*, appena terminate le procedure per la determinazione del prezzo di vendita"⁸⁰. La *denuntiatio* all'affittuario andrebbe effettuata prima della fissazione della vendita con o senza incanto (o comunque con le modalità scelte dal curatore *ex art. 107 l. fall.*); là dove l'affittuario non si avvalga della

⁷⁸ Si veda Trib. Monza, 19 aprile 1992, cit., 156; per critiche già F. FIMMANÒ, *Fallimento*, cit., 167 s.

⁷⁹ Si veda D. DI GRAVIO, *La prelazione degli affittuari*, cit., 910 s.; A. FERRETTI, *Prelazione e affitto di azienda con immobili*, in *Dir. fall.*, 1993, I, 247.

⁸⁰ Si veda, con toni critici, F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1656.

prelazione sulla base del prezzo di stima, non potrebbe più esercitare in seguito, al termine della procedura competitiva, il diritto a essere preferito⁸¹.

Ma si è correttamente obiettato a una siffatta interpretazione⁸², che, a configurare l'esercizio della prelazione in tal maniera, si finirebbe per tramutare il diritto a essere preferito in diritto di *precedenza*, in quanto l'affittuario acquisterebbe una priorità cronologica sull'acquisto anche rispetto al momento della gara. Un diritto di prelazione così concepito pregiudicherebbe la procedura competitiva per la scelta dell'acquirente dell'azienda, espungendola dalle modalità di vendita, con grave pregiudizio per i creditori e contro la lettera della legge.

Il valore di stima, fissato dal perito come base per la gara, è un indice teorico meramente programmatico, mentre il prezzo viene qualificato come “incontro di volontà tra acquirente ed alienante riguardante il valore da attribuire a una certa cosa”⁸³, nel caso di specie l'azienda. Dunque, il valore di stima, indicato nel provvedimento che fissa le modalità di vendita, non potrebbe mai essere considerato come prezzo *definitivamente determinato*, idoneo a far sorgere l'obbligo di *denuntiatio* a carico del curatore, rappresentando solo una valutazione astratta sul realizzo minimo che condizioni gli esiti della gara per gli organi della procedura⁸⁴. Così come il provvedimento di nomina dell'esperto da parte del curatore è atto meramente preparatorio della vendita e le osservazioni presentate dal debitore in ordine alle conclusioni dell'esperto sulla relazione di stima non potrebbero mai essere configurate come “opposizione” tecnicamente intesa⁸⁵.

D'altronde, a ritenere che la prelazione vada esercitata sulla base del valore di stima prima della gara, potrebbero pregiudicarsi irrimediabilmente gli interessi dei creditori, in quanto, là dove il valore di stima, che rappresenta come visto la base della

⁸¹ Così, D. DI GRAVIO, *La prelazione*, cit., 910; A. FERRETTI, *Prelazione e affitto di azienda con immobili*, in *Dir. fall.*, 1993, 1, 247; A. SCARANO, *La sorte*, cit., 1202, che precisa che in caso di mancato esercizio della prelazione a seguito di comunicazione del prezzo di stima il curatore dovrà procedere alla vendita, chiedendo che nell'ordinanza di vendita il giudice inserisca la nota che c'è stato l'interpello sulla prelazione all'affittuario, che questi non l'ha esercitata, e che dunque l'azienda viene venduta libera, ovviamente con il subentro dell'acquirente nel contratto d'affitto.

⁸² F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1655.

⁸³ F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1655.

⁸⁴ Così anche Cass., 27 ottobre 1994, n. 8861, in *Fall.*, 1995, 616 s. che rigetta il reclamo avverso il provvedimento del giudice che fissa le modalità di vendita, implicitamente negando che la prelazione vada esercitata sulla base della relazione di stima del perito.

⁸⁵ Così, Cass., 12 aprile 1975, n. 1691, in *Giust. Civ.*, 1975, I, 1074 ss.; F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1655.

gara, fosse basso, il prelazionario si troverebbe in una posizione di eccessivo privilegio rispetto agli altri potenziali offerenti. Là dove, invece, per ipotesi, tale prezzo fosse eccessivo, potrebbe venir frustrata l'aspettativa dell'affittuario, che dovrebbe o accettare un prezzo imposto, elevato rispetto alle condizioni di mercato, o rinunciare alla propria posizione di vantaggio rispetto agli altri interessati all'acquisto⁸⁶.

Tali argomentazioni, avanzate già per la prelazione legale *ex art. 3, co. 4, l. n. 223/1991*, restano valide anche per la prelazione convenzionale della legge fallimentare, non sembrando rilevanti in senso contrario le (lievi) differenze nel tenore letterale delle due norme in questione.

Il prezzo *definitivo* in base al quale esercitare la prelazione è, dunque, quello che si determina all'esito dell'esperimento delle procedure competitive *ex art. 107 l. fall.*⁸⁷. E ciò in risposta all'esigenza di ottimizzare il ricavato dalla vendita, per cui si impone di riconoscere la prelazione solo al termine della procedura di confronto tra le varie offerte pervenute. Ancora, l'esercizio in concreto della prelazione, postulando parità di condizioni tra l'affittuario e il terzo offerente, richiede che il prezzo non sia frutto di stima, ma determinato a seguito della gara fra aspiranti aggiudicatari⁸⁸.

Solo dunque all'esito della procedura competitiva, il curatore dovrà procedere alla comunicazione all'affittuario per poter rendere possibile l'esercizio della prelazione.

Com'è noto, non si è ancora sopito del tutto l'annoso dibattito sulla natura della *denuntiatio*, come comunicazione dell'intenzione del venditore, nel nostro caso del curatore, di voler alienare il bene⁸⁹, che costituirebbe "il problema centrale dell'intero rapporto di prelazione e pertanto l'aspetto da cui muovere per pervenire alla sua più

⁸⁶ Fa notare il carattere paradossale degli esiti dell'interpretazione in esame F. FIMMANÒ, , sub *art. 104-bis*, cit., 1655.

⁸⁷ La medesima conclusione è sostenuta, con riguardo alla prelazione legale sulle aziende socialmente rilevanti, da M. NALDINI, *Affitto*, cit., 516 s.; M. MASTROGIACOMO, *Il diritto*, cit., 264 ss.; A. CAIAFA, *L'impresa in crisi: esigenze di conservazione e normativa comunitaria*, in *Dir. fall.*, 1993, 1, 222; ID., *L'affitto d'azienda nei rapporti di lavoro*, in *Dir. fall.*, 1993, 627; E. NORELLI, *La prelazione*, cit., 237 ss.; C. DE MARTINI, *La prelazione dell'affittuario di azienda nel corso delle procedure concorsuali*, *ivi*, 260; F. SEVERINI, *Il diritto*, cit., 450 s.; U. APICE, *Modi*, cit., 607. Nel vigore dell'*art. 104-bis*, co. 5, l. fall. L. PANZANI, *La tutela*, cit., 185; F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 437; V. ZANICHELLI, *La nuova*, cit., 239; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1387 s.; C. MIELE, sub *art. 104-bis*, cit., 1181; F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 469, il quale precisa, mi sembra condivisibilmente, che, ai fini di una corretta informazione, nel bando debba essere specificata la concessione in affitto dell'azienda.

⁸⁸ Così, F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 437.

⁸⁹ Si veda R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 82.

opportuna configurazione”⁹⁰. Da un lato, la *denuntiatio* si è configurata come una proposta contrattuale⁹¹, idonea a esporre il denunciante alla conclusione del contratto per effetto della dichiarazione del prelezionario di far valere la prelazione⁹². Da altre parti, invece, negandone la natura negoziale⁹³, si è qualificata, variamente, come “invito a proporre”, o come “mera comunicazione della volontà di contrarre”⁹⁴, o come “atto partecipativo”⁹⁵, o da ultimo, come “atto dovuto di interpello”⁹⁶, in adempimento di un

⁹⁰ Così, G. FURGIELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelezioni legali*, Milano, 1984, 29.

⁹¹ Propendono per la natura di proposta contrattuale della *denuntiatio* per la prelazione volontaria, M. D’ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, 143 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Struttura*, cit., 704; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 67; G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, 116 s.; ID., *La “denuntiatio” nella prelazione volontaria*, in *Contratti*, 1993, 106 ss.; A. GUIOTTO, *La qualificazione*, in *La prelazione volontaria*, a cura di G. BONILINI, A. GIOVATI, A. GUIOTTO, A. MORA, Milano, 1993, 46 ss.; ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, 269; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1987, 294; L. PIERALLINI, *Considerazioni sulla natura giuridica della denuntiatio nella prelazione legale e volontaria*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 134 ss., per la prelazione statutaria nella s.p.a., V. MELI, *La clausola di prelazione negli statuti delle società per azioni*, Napoli, 1991, 143 ss., il quale, però, avvisa che non va trascurato il fatto che essa sia da valutare non solo come strumento idoneo alla conclusione del contratto, ma anche come “essenziale strumento per consentire l’esercizio della prelazione da parte del preferito”. In giurisprudenza, con orientamento assolutamente dominante fino alla fine degli anni ’80: *ex multis*, Cass. 16 giugno 1988, n. 4103, in *Foro it.*, 1989, I, 446; Cass. 27 marzo 1984, n. 2023, in *Foro it.*, 1984, I, 2477; Cass. 24 ottobre 1983, n. 6256; Cass. 4 novembre 1982, n. 5802, in *Foro it.*, 1983, I, 683.

⁹² Per l’effetto si veda F. SANTORO PASSARELLI, *Struttura*, cit., 704; ; G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., 116 s.

⁹³ Per la natura non negoziale, G. FURGIELE, *Contributo*, cit., 45 ss.; G. BENEDETTI, *La prelazione nella vendita dei fondi rustici*, in *Riv. not.*, 1974, 900; G. MIRABELLI, *L’atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 331, 404, che la qualifica come “partecipazione di previsione”, atto non negoziale, con il quale si pone taluno a conoscenza di un proprio pensiero, sostenendo che la stipulazione del contratto potrebbe anche non accadere.

⁹⁴ Così Trib. Napoli, 10 febbraio 1971, in *Foro Padano*, 1972, I, 338; si veda anche A. DE MARTINI, *Adempimento inadempimento ed esecuzione specifica della promessa di prelazione*, in *Giust. civ.*, 1952, 229-231, che configura la *denuntiatio* come semplice onere di informazione che al promittente incombe per far derivare, in caso di inazione del promissario, la propria liberazione dall’obbligo assunto, ovvero permettere la stipulazione del contratto col promissario stesso.

⁹⁵ Si veda G. MIRABELLI, *L’atto*, cit., 331, 404; S. PULEO, *I diritti potestativi. Individuazione della fattispecie*, Milano, 1959, 220 ss.; G. GABRIELLI, voce *Prelazione (patto di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, 5; di recente, B. SIRGIOVANNI, *Prelazione legale e acquisto della proprietà*, Milano, 2012, 58 ss.

⁹⁶ Si tratta di un indirizzo avvalorato da una nota pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione, che in materia di prelazione urbana ha affermato che la *denuntiatio* a carico del locatore che intenda trasferire a titolo oneroso l’immobile locato non costituisce proposta contrattuale di vendita rivolta al conduttore, e neppure “mera informazione di generici intenti destinata ad avviare la trattativa tra le parti”, ma “atto dovuto di interpello, vincolato nella forma e nel contenuto, diretto a mettere il conduttore in condizione di esercitare il diritto di prelazione, sempre che di tale diritto sussistano i presupposti”, così Cass., S.U., 4 dicembre 1989, n. 5359, in *Foro it.*, 1990, I, 1563, con nota di PIOMBO, *Le sezioni unite della Cassazione definiscono la struttura della prelazione urbana ex art. 38, l. 392/78*. In senso conforme in giurisprudenza, Cass. 26 ottobre 1985, n. 5283, in *Foro it.*, 1985, I, 3105, con nota di PIOMBO, *Cenni*

obbligo (o onere⁹⁷) legale della vicenda acquisitiva del bene mediante lo strumento prelatizio.

Dalla soluzione del problema si fanno discendere conseguenze applicative non indifferenti, in tema di revocabilità della comunicazione⁹⁸, atta a paralizzare la conclusione del contratto per effetto dell'esercizio della prelazione, in tema di effetti della dichiarazione di esercizio della prelazione, in tema di requisiti di capacità del prelazionario al momento della dichiarazione e del denunciante al momento della comunicazione⁹⁹.

Pur non potendo compiutamente prendere posizione, per ragioni di economia del presente studio, sulla questione, sembrerebbe preferibile un approccio che guardi al caso concreto, e, per la prelazione volontaria, alla strutturazione del patto di preferenza nel disegno delle parti¹⁰⁰. Occorrerà vagliare se il promittente abbia voluto attribuire alla

*critici sulla struttura della prelazione urbana ex art. 38, l. n. 392/78; Cass. 17 aprile 1986, n. 2726, in Foro it., 1986, I, 2161, con nota di PIOMBO, Ancora sul meccanismo della prelazione legale del conduttore nel caso di vendita di immobili non abitativi; Cass., 23 luglio 1986, n. 4729, in Giust. civ., 1987, I, 594; Cass. 12 agosto 1988, n. 4941, in Arch. Loc., 1989, 61; dopo l'arresto a sezioni unite, Cass. 17 novembre 1998, n. 1155; Cass. 5 giugno 1992, n. 6936, in Rass. equo canone, 1993, 76, con nota di FERRONE, la quale ha affermato che la *denuntiatio*, ancorché non possa qualificarsi come vera e propria proposta contrattuale, resta soggetta, nei limiti previsti dall'art. 1324 c.c., ai principi valevoli per i contratti; Cass. 21 maggio 1991, n. 5731, in Giur. it., 1992, I, 1, 114, con nota di F. BASILE, Mancato esercizio del diritto di prelazione ed obbligo di rinnovazione della *denuntiatio*. In dottrina, si vedano R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna- Roma, 1970, 158; G. FURGIUELE, *Contributo*, cit., 45 ss.; M. NUZZO, *Prelazione successoria e titolo dell'acquisto*, Milano, 1989, 22; R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 79 ss.; F. FIMMANÒ, sub art. 104-bis, cit., 1654.*

⁹⁷ Per la qualificazione come onere della *denuntiatio*, A. DE MARTINI, *Adempimento*, cit., 178 s.; S. PULEO, *I diritti*, cit., 225; F. SANTORO PASSARELLI, *Struttura*, cit., 704. Reputano invece la *denuntiatio* un obbligo a carico del promittente M. D'ORAZI, *Della prelazione*, cit., 146-149; F. MESSINEO, *Il contratto*, cit., 496; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 275 ss.; R. ALESSI, *Prelazione e riscatto: un'ipotesi di esecuzione in forma specifica?*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 416-437. Così anche V. MELI, *La clausola*, cit., 147 s., che afferma che "l'obbligazione tecnicamente dedotta nella clausola di prelazione è, perciò, innanzitutto, quella di effettuare la *denuntiatio* e, si deve aggiungere, di non concludere il contratto con altri per lo *spatium deliberandi* concesso [...] al promissario". Per cui già l'omissione della comunicazione configurerebbe inadempimento dell'obbligo di preferire. L'Autore però precisa che la "configurazione della *denuntiatio* come oggetto di prestazione non comporta comunque che l'obbligo del promittente si esaurisca con la sua effettuazione"; conf. G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, 72.

⁹⁸ La revocabilità viene ricollegata in generale alla tesi della natura di proposta contrattuale della *denuntiatio*, si veda A. GUIOTTO, *La disciplina*, cit., 172 e R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 87, per una sintesi delle posizioni. Per l'irrevocabilità, come conseguenza della natura non negoziale lo stesso R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 87 ss.; G. FURGIUELE, *Contributo*, cit., 33; M. NUZZO, *Prelazione*, cit., 56.

⁹⁹ Si vedano R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 87 ss.; G. FURGIUELE, *Contributo*, cit., 49 e 53; M. NUZZO, *Prelazione*, cit., 53 ss.

¹⁰⁰ Propendono nell'ambito della prelazione volontaria per un'analisi caso per caso per determinare la natura della *denuntiatio*, P. GRECO, *Sul patto di prelazione per la cessione di una quota di*

controparte il potere di concludere direttamente il contratto con la sua dichiarazione, o se, al contrario, si sia impegnato ad emettere una mera comunicazione di scienza. Non sembra, infatti, conducente la ricerca di soluzioni univoche, forse non in grado di dar conto del panorama variegato delle ipotesi, che l'autonomia privata può creare.

Ciò che però bisognerebbe rifuggire, sembra, è la tentazione di ricavare, dalla soluzione della questione relativa alla natura della *denuntiatio*, conclusioni applicative in ordine all'esercizio della prelazione convenzionale *ex art. 107 l. fall.*

E' ciò che si è cercato di fare, ad esempio, in relazione al problema alla compatibilità delle prelazioni con il sistema delle vendite coattive, allorché suggestivamente si è riconnessa alla natura della prelazione legale come regola di scambio più che come procedimento di formazione del consenso¹⁰¹, e alla natura della *denuntiatio* come mero atto di interpello, l'assenza di un contrasto teorico tra il diritto di preferenza e la liquidazione concorsuale¹⁰².

Il problema della compatibilità della prelazione con la fase liquidatoria nelle procedure concorsuali va risolto in punto di interessi coinvolti, guardando alla funzione della procedura orientata al maggior possibile soddisfacimento dei creditori, e non, in astratto, in ragione della natura della prelazione legale e volontaria o dei meccanismi di esercizio del diritto.

Così, come l'argomento della natura non negoziale della *denuntiatio* è stato utilizzato per negare, condivisibilmente, che il diritto di prelazione dell'affittuario possa essere esercitato già al momento della stima del perito, piuttosto che all'esito della procedura competitiva¹⁰³.

accomandante, in *Riv. dir. comm.*, 1948, 2, 240 ss.; A. DE MARTINI, *Lineamenti del patto di prelazione nella fase di adempimento*, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1949, II, 1057; G. VETTORI, *Efficacia*, cit., 76; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1975, 733; C. ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G. PORTALE, II, 1, Torino, 1991, 157.

¹⁰¹ Così R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 70 ss.

¹⁰² Si veda R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 83, spec. nt. 25 che afferma che “la negazione della natura contrattuale della *denuntiatio* assume una particolare rilevanza ai fini della soluzione del problema dell'opponibilità del diritto di prelazione nelle vendite forzate, in quanto rende tale obbligo di comunicazione concettualmente non incompatibile con l'attività dell'ufficio esecutivo. L'Autore cita anche G. BORRÉ, *Prelazione agraria ed esecuzione forzata*, in *Riv. dir. agr.*, 1981, II, 135; ID., *Vendite forzate e prelazione del conduttore urbano*, nota a Cass. 13 gennaio 1981, n. 295, in *Foro it.*, 1981, I, 689, 690, che afferma che “ove dovesse [la *denuntiatio*] esser costruita come proposta contrattuale, potrebbe non apparire confacente alla natura, pubblicistica appunto, degli atti di tale ufficio”.

Si veda nello stesso senso F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1656 ss.

¹⁰³ Così, F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1656 ss.

Ma per giungere a una conclusione siffatta, a ben vedere, non sembra necessario ricorrere alla natura di atto di interpello della comunicazione del curatore, bastando, al contrario, rilevare che solo in tal modo si persegue lo scopo dell'operazione: la "più proficua vendita dell'azienda", a tutela del ceto creditorio.

Non sembra, poi, potersi dare rilievo dirimente alla natura della *denuntiatio*, per risolvere le questioni in merito alla possibilità di sospendere la vendita *ex artt.* 107, co. 4, e 108, co. 1, l. fall.¹⁰⁴, a seguito della dichiarazione dell'affittuario di avvalersi della prelazione, o della necessità di depositare una cauzione contestualmente all'esercizio del diritto di preferenza¹⁰⁵.

Riguardo al primo punto, è vero che la qualificazione della *denuntiatio* in termini di proposta potrebbe comportare delle difficoltà applicative, in quanto l'acquisto potrebbe intendersi perfezionato con la dichiarazione di esercizio della prelazione da parte dell'affittuario, e conseguente preclusione del meccanismo di cui agli artt. 107, co. 4, e 108, co. 1, l. fall. che, in quanto avente un effetto "sospensivo", sembra presupporre che la vendita non sia ancora avvenuta.

Ma, a ben vedere, nulla vieterebbe un'interpretazione estensiva delle norme, che legittimi un effetto risolutivo dell'avvenuta vendita, e non meramente sospensivo, conseguente al provvedimento del curatore o del giudice delegato.

Ciò che va, invero, sottolineato è che la facoltà di sospensione della vendita, da parte del curatore, in caso di offerta maggiorata del dieci per cento, di cui all'art. 107, co. 4, l. fall., o del giudice delegato, in caso di prezzo eccessivamente inferiore rispetto a quello "giusto", di cui all'art. 108 l. fall., non possono venire paralizzate dall'attribuzione di un diritto di prelazione all'affittuario, in quanto funzionale al maggior soddisfacimento possibile da parte dei creditori; per cui, la sospensione della vendita nei casi di legge potrà disporsi fino al deposito della documentazione di cui al co. 5 dell'art. 107 l. fall., come ulteriore garanzia connessa al sistema delle vendite.

La prelazione dovrà operare come anello congiuntivo tra affitto e vendita, in modo da perseguire la funzione tipica dell'istituto, prodromica alla futura cessione

¹⁰⁴ Allo stesso modo sembrerebbe F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1656.

¹⁰⁵ Sul punto di veda F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1657, che afferma che dalla natura della *denuntiatio* di offerta di acquisto deriverebbe l'obbligo dell'affittuario di deposito di una cauzione in misura predeterminata, da qualificarsi come acconto. Ciò perché l'esercizio della prelazione non comporterebbe la partecipazione ad un'ulteriore gara, ma configurerebbe la manifestazione di una definitiva volontà contrattuale che conclude il procedimento.

unitaria dell’azienda, quantomeno nel senso di una valorizzazione del compendio e dunque della massimizzazione del profitto in sede di liquidazione¹⁰⁶. Dunque, sembra preferibile ritenere che il riconoscimento del diritto a essere preferito non possa compromettere la sospensione della vendita, come potere del giudice o del curatore, che proprio sull’esigenza di ottimizzare il ricavato dalla cessione in blocco del complesso aziendale è fondato.

Sul secondo punto, quello relativo ad un presunto onere di deposito di una cauzione al momento della dichiarazione di esercizio della prelazione da parte dell’affittuario¹⁰⁷, che possa venir qualificata come acconto sul prezzo d’acquisto¹⁰⁸, sembra che tale imposizione rappresenti un retaggio della disciplina previgente, che rinviava alle norme sull’espropriazione immobiliare del codice di procedura civile. In assenza di qualunque prescrizione in questa direzione, nel panorama *post* riforma, è preferibile ritenere, indipendentemente dalla presunta natura di offerta d’acquisto della dichiarazione di esercizio della prelazione da parte dell’affittuario¹⁰⁹, che sia sufficiente per il conduttore la comunicazione della propria volontà di avvalersi della prelazione, rimettendo la determinazione delle modalità e dei tempi di pagamento all’organo competente¹¹⁰.

Così come sembra rappresenti un’indebita influenza della normativa in materia di prelazione urbana -che all’art. 38, co. 1, l. 392/1978, prevede che il locatore debba procedere a comunicare la propria intenzione di vendere l’immobile locato con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario- l’indirizzo dottrinale e giurisprudenziale che vorrebbe imporre al curatore la notifica per la *denuntiatio*¹¹¹, nonostante sia indubbio

¹⁰⁶ Così F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, 1629; ID., *L’affitto*, cit., 463 ss.; F. LICONTI, *L’esercizio*, 424; ID., *L’affitto*, cit., 433 ss.; L. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 75-76.; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1385.

¹⁰⁷ Si veda F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1657; prima della riforma E. NORELLI, *Contenuti e limiti del provvedimento di alienazione dell’azienda*, in *Dir. fall.*, 1993, I, 625; in giurisprudenza Trib. Roma, 7 gennaio 1993, in *Dir. fall.*, II, 1001, con nota di E. NORELLI.

¹⁰⁸ F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1657.

¹⁰⁹ Così invece F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1657, per il quale la dichiarazione di esercizio del diritto di prelazione contiene una vera e propria “offerta d’acquisto, assoggettata alla relativa disciplina, per cui il prelatario sarà tenuto a versare il prezzo di acquisto, scomputata la cauzione, nei modi e nei termini stabiliti”.

¹¹⁰ Così anche L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1388; L. PANZANI, *Affitto*, cit., 927. In giurisprudenza si veda, anche prima della riforma, Cass., 25 marzo 1995, n. 3579 in *Giust. civ.*, 1995, I, 1159; Trib. Frosinone, 18 ottobre 1999; in *Giust. civ.*, 2000, I, 899.

¹¹¹ Così L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1388; F. LICONTI, *L’affitto*, cit., 437, e, anche se con riferimento al sistema pre-riforma, U. APICE, *Modi*, cit., 613 e M. NALDINI, *Affitto*, cit., 517.

che tale modalità sia auspicabile, per garantire certezza in merito a termini e contenuto¹¹² della comunicazione.

La natura della *denuntiatio* di proposta contrattuale o atto non negoziale di interpello non credo possa incidere neppure sul contenuto della comunicazione, che, in qualunque caso, dovrà contenere l'indicazione del prezzo, del tempo e delle modalità di pagamento, come determinate all'esito del procedimento competitivo *ex art. 107 l. fall.* Non si pone, invece, per la prelazione convenzionale dell'affittuario, la problematica in merito alla necessità dell'indicazione del nome del terzo offerente, che è, di contro, pressante in altri casi; si pensi, ad esempio, alla clausola di prelazione statutaria per il trasferimento di azioni nelle s.p.a., o comunque ad altri casi di prelazione volontaria¹¹³. Per il caso di specie, non sussiste, infatti, l'esigenza di evitare condotte elusive della prelazione, nel senso di spingere il titolare del diritto ad acquistare a condizioni inique, pur in assenza di una concreta proposta da parte di un terzo offerente. E, d'altronde, la trasparenza del procedimento di selezione dell'acquirente *ex art. 107 l. fall.* sembra garantire la conoscenza del nominativo dell'aggiudicatario, da parte dell'affittuario.

L'individuazione del momento di esercizio della prelazione nella terminazione della procedura competitiva di cui all'art. 107 l. fall. ha fatto sorgere, poi, il problema della possibilità che si indichi un'ulteriore gara tra affittuario che intenda esercitare la prelazione e aggiudicatario "provvisorio", ovvero soggetto, diverso dall'affittuario, che sia risultato selezionato al termine della procedura competitiva *ex art. 107 l. fall.*¹¹⁴.

Ma, anche in questo caso, ritengo che non possa imporsi una soluzione *a priori* alla Curatela, che dovrà modulare in concreto il procedimento di vendita, secondo le

¹¹² Si veda D. BENZI, *L'affitto*, cit., 1189.

¹¹³ Si è espresso per un obbligo di indicare nella *denuntiatio* il nominativo del terzo acquirente S. ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSERELLI, Milano, 1960, 127; *contra* F. SANTORO PASSERELLI, *Struttura*, cit., 708 s., che dubita, in radice, che la stessa offerta da parte di un terzo sia presupposto di validità per la *denuntiatio*. Lo stesso Autore però precisa che a diversa soluzione potrebbe pervenirsi in presenza di patto espresso in tal senso, o là dove al prelazione "acceda a una situazione giuridica permanente". Così anche A. GUIOTTO, *La disciplina*, in *La prelazione volontaria*, a cura di G. BONILINI, A. GIOVATI, A. GUIOTTO, A. MORA, Milano, 1993, 171 ss.; G. BONILINI, *La "denuntiatio"*, cit., 107; G. FURGIUELE, *Contributo*, cit., 80 s., E. PEREGO, *La disciplina della prelazione convenzionale e le prelazioni legali*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1982, 166 e G. VETTORI, *Efficacia*, cit., 79 s.; specificatamente per la prelazione statutaria nelle s.p.a., nel vigore del testo del codice pre-riforma V. MELI, *La clausola*, cit., 144 s. In giurisprudenza si veda Cass. 12 marzo 1981, n. 1407, in *Foro it.*, 1982, I, 1209, con riferimento ai casi in cui l'*intuitu personae* abbia rilevanza (nel caso di specie con riferimento alla clausola di prelazione inserita nello statuto di una società a base familiare).

¹¹⁴ Si veda F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 470; ID., sub *art. 104-bis*, cit., 1656.

snelle indicazioni di cui all'art. 107 l. fall. Sembrerebbe condivisibile, però, il rilievo per cui, se un sistema imperniato su una duplice gara, la prima provvisoria e necessaria, la seconda definitiva ed eventuale, da esperire nel caso in cui l'affittuario intenda esercitare la prelazione, risulterebbe, di certo, più coerente con l'obiettivo di massimizzazione del ricavato dalla vendita, di contro potrebbe compromettere la posizione di vantaggio dell'affittuario¹¹⁵.

Sembra, però, che debba procedersi ad un'analisi caso per caso, in relazione anche alla strutturazione della clausola di prelazione, visto che questa deve pur sempre rispondere all'interesse dei creditori, ed all'obiettivo della più proficua vendita dell'azienda, senza negare in linea di principio l'ammissibilità di un procedimento in due fasi, come sopra pensato.

Ciò posto, il legislatore s'è preoccupato, per garantire celerità e certezza nella procedura di selezione del contraente, di indicare i termini entro cui il curatore dovrà procedere alla *denuntiatio*, dieci giorni, ed entro cui l'affittuario dovrà procedere alla dichiarazione di esercizio della prelazione, cinque giorni; termini che andrebbero ritenuti perentori¹¹⁶.

Si è poi fatto notare¹¹⁷ come, nella prassi, la prelazione volontaria sia entità suscettibile di valutazione economica, cosicché si potrebbe ipotizzare che la stessa sia autonomamente remunerata, o piuttosto che venga inserita in una pattuizione a titolo oneroso. Nel primo caso, il corrispettivo verrà acquisito all'attivo fallimentare. Peraltro, si è detto¹¹⁸ che l'offerta di un corrispettivo per il diritto di prelazione, da parte del soggetto interessato all'affitto, può rappresentare criterio tenuto in conto dal curatore per la selezione del contraente, visto la non tassatività dell'elenco di cui all'art. 104-*bis*, co. 2, l. fall. Va da sé che l'eventuale corrispettivo versato dall'affittuario, per il diritto di prelazione sull'azienda, non potrà essere imputato in conto prezzo della futura vendita.

Da ultimo, occorre soffermarsi sui limiti oggettivi e soggettivi della prelazione convenzionale nel caso di specie.

¹¹⁵ Si veda F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 470.

¹¹⁶ Così, L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1388; V. ZANICHELLI, *La nuova*, cit., 290.

¹¹⁷ A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 151 ss.

¹¹⁸ A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 151 ss.

Riguardo al piano della titolarità, il diritto a essere preferito spetterà in via esclusiva all'affittuario in corso di rapporto, e non più a seguito di cessazione dell'affitto. Si pone il problema, stante la permanente efficacia del contratto d'affitto stipulato dal curatore anche nei confronti dell'imprenditore, tornato *in bonis* in caso di revoca o chiusura del fallimento, dell'opponibilità all'ormai *ex fallito* di una clausola come quella che attribuisca all'affittuario un diritto di prelazione dell'azienda. Il diritto in parola sembrerebbe inscindibilmente legato alla vicenda concorsuale, cosicché non andrebbe riconosciuto all'affittuario, a chiusura o revoca del fallimento. E, d'altronde, la scelta operata dal curatore, con la partecipazione degli altri organi della procedura, è orientata al maggior soddisfacimento possibile dei creditori, e non può essere imposta al fallito tornato *in bonis*, incidendo sulla sua libertà di iniziativa economica e sul suo potere di disposizione sull'azienda.

Sul piano oggettivo, invece, si discute della vincolatività della prelazione se si proceda alla vendita di un ramo di azienda, o, nel caso di affitto di singolo ramo, se è possibile riconoscere la prelazione sull'intero compendio, là dove il curatore intenda procedere all'alienazione in blocco dell'azienda nella sua unitarietà. In entrambi i casi, sembra preferibile la soluzione positiva: per il primo, lo scorporo potrebbe essere esigenza nata dalla gestione imprenditoriale dell'affittuario, che abbia differenziato i settori di attività¹¹⁹; per il secondo, non riconoscere l'efficacia obbligatoria del vincolo importerebbe la possibilità di frustrare la tutela del prelazionario, giocando sulla qualificazione dell'affitto di ramo come affitto d'azienda e viceversa¹²⁰.

Sul presupposto dell'opponibilità del contratto d'affitto (questione, come vedremo, discussa), all'acquirente dell'azienda, sorgono alcune problematiche in materia di vendita endofallimentare. Come visto, l'art. 105, co. 1, l. fall., stabilisce la preferenza per la liquidazione in blocco del compendio aziendale, col limite della maggior possibile soddisfazione dei creditori. E' stato dibattuto¹²¹ se l'affitto dell'azienda, con eventuale riconoscimento di un diritto di prelazione al conduttore, possa rappresentare una preclusione ulteriore all'opzione per la liquidazione atomistica

¹¹⁹ Così, A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 146 ss.

¹²⁰ *Contra* sul punto A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 146 ss. Si veda però Cass. 14 gennaio 2005, n. 682, in *Riv. not.*, 2005, 1078 con nota di CUPINI, *Brevi note sulla differenza tra la vendita in blocco e la vendita cumulativa nel sistema della Legge n. 392 del 1978*.

¹²¹ Si veda F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 265 s.; F. FIMMANÒ, *La vendita*, cit., 541 ss.

del curatore, anche, per fare un'ipotesi, nel caso di maggior convenienza di quest'ultima, per i creditori, rispetto alla vendita in blocco.

Secondo una parte della dottrina, l'introduzione della clausola di prelazione *ex art. 104-bis*, co. 5, l. fall. implicherebbe l'assurgere della prospettiva della vendita unitaria da mera eventualità, sia pur privilegiata, a certezza sia per l'affittuario che per la procedura, visto che una cessione frazionata del compendio vanificherebbe il diritto di prelazione dell'affittuario¹²².

Sul punto sembrerebbe invece preferibile la tesi che ricorre al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, potendosi proporre anche un'estensione della prelazione ai singoli beni aziendali, in sede di cessione individuale¹²³.

Questione diversa e ulteriore riguarda, invece, la possibilità che la prelazione dell'affittuario sia opponibile anche all'acquirente, che, in corso d'affitto, intenda cedere l'azienda. Ancora una volta, presupposto teorico è che il contratto d'affitto sia opponibile al compratore, a seguito di vendita endofallimentare. Anche qui, come per il caso di revoca o chiusura del fallimento in corso di affitto, sembra che il diritto di prelazione, per la sua attinenza alla vicenda concorsuale, non possa essere fatto valere nei confronti dell'acquirente dell'azienda. Peraltro, se l'affittuario non ha esercitato la prelazione al momento della vendita da parte della procedura, allora il suo diritto di preferenza deve intendersi esaurito.

4 *La tutela dell'affittuario in caso di violazione della clausola di prelazione.*

La questione della tutela spettante all'affittuario, che sia titolare di un diritto di prelazione, in caso di violazione del patto di preferenza, e vendita dell'azienda ad un terzo in spregio alla prelazione, è nodo problematico di assoluto rilievo.

Poiché le forme di tutela tradizionalmente riconosciute, da dottrina e giurisprudenza, al prelazionario, variano anche in ragione della natura legale o volontaria del diritto a essere preferito (senza con ciò voler accettare supinamente l'equazione prelazione legale-tutela reale, prelazione volontaria-tutela obbligatoria,

¹²² Così, F. FIMMANÒ, *La vendita*, cit., 541 ss.

¹²³ Sul punto, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 265 s.

sconfessata peraltro dal dato normativo¹²⁴), occorrerà *in primis*, soffermarsi sulla natura della situazione giuridica del conduttore promissario.

Qui, sembrerebbe doversi propendere per la natura convenzionale della prelazione, la cui ammissibilità è riconosciuta dall'art. 104-*bis*, co. 5, l. fall.; la scelta del legislatore della riforma è quella di rimettere alla discrezionalità delle parti la stipula del patto di preferenza, là dove gli organi della procedura lo ritengano conveniente per l'interesse dei creditori. Viene abbandonato lo schema della prelazione legale, che, d'altronde, come visto, si giustificava, nell'impostazione della l. n. 223/1991, in un'ottica "premiale" per l'imprenditore che, proseguendo l'attività del fallito, tramite la concessione in godimento dell'azienda, consentisse il mantenimento dei livelli occupazionali ed evitasse il ricorso ad ammortizzatori sociali.

L'attribuzione di un diritto di prelazione all'affittuario, nell'impostazione dell'art. 104-*bis*, co. 5, l. fall., deve rispondere, invece, all'interesse del ceto creditorio, in coerenza con la funzione tipica dell'istituto di agevolare la più proficua vendita dell'azienda.

Ma, tali riflessioni non possono far passare in secondo piano le "peculiarità" che il patto di preferenza, in seno al contratto d'affitto endofallimentare, indubbiamente presenta.

Pur non attribuita *ex lege*, la prelazione è menzionata dal legislatore, per riconoscerne l'ammissibilità e compatibilità con la fase liquidatoria fallimentare; il patto di preferenza è soggetto al regime pubblicitario del contratto d'affitto, venendo pubblicato nel registro delle imprese (con che effetti?); la prelazione dell'affittuario non risponderà esclusivamente all'interesse privato delle parti, ma, come visto, a istanze ultraindividuali di tutela del ceto creditorio e, in definitiva, dell'ordine economico.

Ciò premesso, è dubbio se tali caratteristiche "atipiche" della clausola di prelazione nell'affitto endofallimentare possano avere precipitati in punto di tutela dell'affittuario, titolare del relativo diritto.

E' alla possibilità di una tutela "reale" che si vuole alludere; e qui, per "realità" non bisogna intendere la caratteristica della situazione giuridica soggettiva, come sua descrivibilità per il tramite in via esclusiva del suo titolare e del suo oggetto, e come sua

¹²⁴ Si danno, infatti, casi di prelazioni legali non assistite da tutela reale, concretantesi principalmente nel riconoscimento del c.d. diritto di riscatto o retratto si veda R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 81.

proprietà di seguire il bene nelle vicende circolatorie¹²⁵, ma come tecnica rimediale alla violazione della situazione, indipendentemente dalla natura, reale o obbligatoria, della stessa.

Sembra, infatti, da ritenersi superata l'opinione che alla natura "relativa" del diritto di prelazione pattizio connetteva la necessità di una tutela solo obbligatoria¹²⁶, *inter partes*, con inopponibilità del patto di preferenza a terzi.

Occorre, invece, tener ben distinto il piano dell'efficacia, obbligatoria o reale, del patto di preferenza, e il piano della tutela- ma prima ancora, il piano dell'efficacia interna, tra le parti del rapporto obbligatorio, e quello dell'efficacia esterna, nei confronti dei terzi, della pattuizione.

L'efficacia meramente obbligatoria, nel senso sopra chiarito, del patto di prelazione non può essere ritenuta "elemento condizionante la scelta di tutela, per poi risolvere il problema della natura della tutela (reale od obbligatoria) secondo il criterio di omogeneità"¹²⁷.

Partendo da tali premesse, per cui l'efficacia obbligatoria del patto di preferenza non comporta necessariamente che questo sia presidiato da rimedi "solo" obbligatori, parte della dottrina ha ipotizzato che si possano dare spazi di tutela reale anche per il diritto di prelazione accordato su base convenzionale.

Così, si è proposta l'opponibilità al terzo acquirente, in spregio alla prelazione, del patto, in funzione di un recupero del bene da parte del prelazionario¹²⁸.

¹²⁵ L'affermazione non ha nulla di banale, visto che l'equivoco è ricorrente nell'interprete, togato e non, basti pensare alla in alcuni casi proposta qualificazione della prelazione legale come *ius ad rem*, e dunque come regime di circolazione giuridica del bene in favore del preferito: si veda Cass. 2 aprile 1992, n. 4011, in *Vita not.*, 1992, 1123; Cass. 28 luglio 1994, n. 4493, in *www.italggiure.it*; Cass. 26 marzo 1983, n. 2154, in *www.italggiure.it*; Trib. Napoli, 8 febbraio 1982, in *Giur. mer.*, 1982, 801. In dottrina G.G. CASAROTTO, *Il diritto di prelazione*, in *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, diretto da L. COSTATO, Padova, 1994, 378 e 380, per la prelazione agraria; M. BERNARDINI, *La prelazione urbana fra diritto comune e leggi speciali*, in *Contr. e imp.*, 1985, 454 ss. Si veda per alcune riflessioni sul tema R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 37.

¹²⁶ Si veda ad esempio A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, 100 ss. che afferma che la tutela reale non è che il riflesso o la conseguenza della particolare "natura" del diritto, che le dottrine, appunto, definiscono reale e che si contrappone al diritto a struttura obbligatoria, come il diritto di credito. Con il che si avvalorerebbe la tesi secondo cui l'aspetto della tutela non gode di alcuna autonomia rispetto al piano dei diritti (e della loro natura).

¹²⁷ Così, A. GIOVATI, *L'efficacia*, in *La prelazione volontaria*, a cura di G. BONILINI, A. GIOVATI, A. GUIOTTO, A. MORA, Milano, 1993, cit., 234, che chiarisce che non v'è necessaria corrispondenza tra la natura del diritto e la natura della tutela.

¹²⁸ L'opponibilità del patto dovrebbe, per parte della dottrina (G. VETTORI, *Efficacia*, cit., 131 ss., 136, 141 ss.; V. MELI, *La clausola*, cit., 38), essere distinta dalla sua *rilevanza*; il patto potrebbe

Ciò, ad esempio, nei casi in cui le parti abbiano inteso presidiare la pattuizione con rimedi “reali” e il patto sia assoggettato ad un regime di pubblicità che lo renda conoscibile da parte dei terzi¹²⁹. Allorché le parti abbiano voluto ricollegare alla fonte negoziale l’effetto di privare il promittente del potere di disporre del bene oggetto di prelazione, in favore di soggetti diversi dal prelazionario, l’atto compiuto in violazione dell’obbligo di preferire verrà sanzionato con l’inefficacia relativa. Tale inefficacia potrà coinvolgere il terzo purché gli venga assicurata la conoscenza del patto di prelazione, eventualmente mediante sistemi pubblicitari.

Il riferimento alla pubblicità del patto di prelazione come condizione per la sua opponibilità *erga omnes* ha avuto forte incidenza anche sulla tesi, pre-riforma del diritto societario, per la quale la clausola di prelazione nello statuto di s.p.a. sarebbe stata presidiata da forme di tutela reale, in forza della pubblicità alla quale è assoggettato lo statuto medesimo¹³⁰. Non si intendono disconoscere, qui, le note critiche che l’opinione

essere rilevante per il terzo acquirente, ma con ciò non potendosi inficiare la validità e l’efficacia del suo acquisto, potendo però la violazione della prelazione far sorgere un obbligo risarcitorio anche a carico dell’avente causa. Si veda ad esempio V. MELI, *La clausola*, cit., 38 per il quale l’identificazione della realtà della tutela con l’opponibilità *erga omnes* “non deve far dimenticare che [...] la rilevanza esterna di un contratto non si esaurisce nella sua opponibilità. Rilevanza ed opponibilità restano due aspetti ben distinti. Il primo attiene all’esistenza del fatto nell’ordinamento, esistenza dalla quale i terzi non possano prescindere e che nei loro confronti può essere in grado di produrre, come fatto in sé, interferenze favorevoli o sfavorevoli. E’ poi l’ordinamento che stabilisce quale rilievo giuridico attribuire a tali interferenze”.

Sembra chiaro che, qui, si adotta una nozione ristretta di opponibilità, come possibilità di far valere il diritto nascente dal patto anche nei confronti del terzo acquirente in violazione della pattuizione, al fine di rendere inefficace, nei confronti del promissario pretermesso, l’acquisto; acquisto che, però, in assenza di esercizio del diritto da parte del promissario, rimane valido ed efficace.

¹²⁹ Si veda F. SANTORO PASSARELLI, *Struttura*, cit., 697; ID., *Osservazioni conclusive*, in AA. VV., *Prelazione e retratto*, a cura di G. BENEDETTI e L. V. MOSCARINI, Milano, 1988, 631 ss. che afferma che “la questione è di stabilire preliminarmente se, di fronte a situazioni che giustifichino un limite al potere di disposizione da parte del titolare del bene, il limite possa incidere direttamente sul potere di disposizione. [...] Occorre, beninteso che le parti del patto non abbiano escluso l’effetto reale ed occorre inoltre che il patto sia conosciuto dal terzo. Ma, sia chiaro, non è la pubblicità che determina l’efficacia reale del patto: l’efficacia reale deriva dal patto ed è soltanto subordinata alla pubblicità”. Si veda anche R. SACCO, *Il contratto*, cit., 734, per il quale sarebbe “*quaestio facti* accertare se le parti hanno voluto una preferenza con efficacia *erga omnes* o con valore solo personale. Ma qui si aggiungerà anche alla questione di fatto quella di diritto, perché bisognerà chiarire di quale spazio l’autonomia privata benefici a questo proposito”.

¹³⁰ Si vedano per la tesi F. SANTORO PASSARELLI, *Struttura*, cit., 701; G. BONILINI, *La prelazione*, 164 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 269; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1990, 331; in giurisprudenza Cass. 3 aprile 1991, n. 3482, in *Fall.*, 1991, 802 ed in *Foro it.*, 1992, I, 842, con nota critica di V. MELI, *Inapplicabilità dell’art. 2480 cod. civ. in presenza di una clausola di prelazione al trasferimento di quote di s.r.l.*

riceveva già prima della riforma¹³¹, oggi risultando sicuramente superata dal dato legislativo dell’art. 2355-*bis* c.c., ma il momento pubblicitario della clausola sembra comunque mantenere un qualche rilievo, rispetto alla tutela reale accordata.

E il rilievo del regime pubblicitario per la “realità” della prelazione, anche volontaria, si intuisce anche dai tentativi dottrinali¹³² di estendere il regime della trascrizione del preliminare, di cui all’ art. 2645-*bis* c.c., anche al patto di prelazione, con esiti però non condivisibili; ciò ricorrendo alla vetusta tesi della natura di “preliminare unilaterale” della prelazione, o, ritendo la norma applicabile analogicamente anche al patto di preferenza.

L’opinione non può condividersi, ma manifesta l’attenzione degli interpreti verso il momento pubblicitario del patto di prelazione, per cui una tutela reale è vista come possibilmente connessa alla trascrizione. Va però detto che quest’ultima non muterebbe comunque la natura dell’atto trascritto, per cui il dato pubblicitario non potrebbe risultare sufficiente a fondare l’opponibilità *erga omnes* di un atto, che di tale opponibilità in sé sia privo¹³³.

Si è detto, dunque, della differenza tra piano dell’efficacia *obbligatoria* e piano della tutela, così come si è dato conto del fatto che l’inopponibilità di un atto non implica necessariamente l’assenza di una sua *rilevanza* per i terzi. Tali premesse conducono a interrogarsi sulla possibilità di collegare un qualche elemento di “realità”, con riguardo al piano della tutela, anche alla prelazione convenzionale, e in particolare alla prelazione dell’affittuario nell’affitto endofallimentare, quando, invece, per la prelazione legale, la tutela “reale” è, generalmente, disposta dal legislatore, e si giustifica, a ben vedere, in forza della rispondenza del diritto a essere preferito a istanze pubblicistiche, o comunque ultraindividuali, che prescindano dall’assetto di interessi che i privati intendano creare.

¹³¹ Per una sintesi delle posizioni V. MELI, *La clausola*, cit., 64 ss.

¹³² Si veda R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 38-39, nt. 56; G. PALERMO, in A. LUMINOSO - G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998, 160 ss. *Contra*, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Il codice civile. Commentario*, a cura di P. SCHLESINGER, Milano, 1998, 742 ss.; G. CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, 216; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 533 ss.

¹³³ Si veda R. CARLEO, *Prelazione*, cit., 39, nt. 56; in giurisprudenza Cass. 6 novembre 1987, n. 8221, in *www.italgiure.it*; Cass. 12 novembre 1982, n. 6005, *ivi*.

Sul punto, sembrerebbe da ritenere inammissibile un retratto meramente convenzionale, in assenza di un'esplicita previsione in tal senso¹³⁴. Se è vero che il diritto di riscatto¹³⁵ non è riconosciuto dal legislatore per tutte le prelazioni legali, ma solo in determinati casi, tuttavia non può dirsi il contrario: non è cioè lasciata all'autonomia privata la creazione di un diritto di riscatto, su base pattizia, opponibile ai terzi¹³⁶. La conclusione sembra da mantenersi ferma anche per la prelazione convenzionale di cui all'art. 104, co. 5, l. fall.¹³⁷.

Pur affermando la possibilità di scindere il momento dell'efficacia obbligatoria del patto di prelazione dal momento della tutela, per cui astrattamente potrebbe ammettersi che una situazione giuridica relativa venga assistita in modo reale, sembra difficile immaginare che l'autonomia privata possa spingersi alla creazione di regole che trascendano il piano dei rapporti *inter partes*, imprimendo al bene un vincolo destinato a incidere sulle sue vicende circolatorie, e sulle costituende situazioni di

¹³⁴ Per la natura eccezionale del diritto di riscatto si veda E. PEREGO, *La disciplina della prelazione convenzionale e le prelazioni legali*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, I, 158 ss., 172; F. MACCABRUNI, *Clausole statutarie di prelazione*, in *Giur. comm.*, 1989, II, 102; M. D'ORAZI, *Della prelazione*, cit., 214; per il quale l'art. 732 c.c. non andrebbe applicato alla comunione tra legatari, in quanto rappresenta una deroga al principio generale di cui all'art. 1103 c.c.; F. CARRESI, *Il contratto*, 298 s. nt. 263, per il quale il retratto urta contro il divieto di autotutela privata; G. VETTORI, *Efficacia*, cit., 198, il quale partendo da tale presupposto argomenta l'applicabilità dell'art. 2932 c.c. anche al caso di violazione del patto di prelazione; V. MELI, *La clausola*, cit., 172, che nega il ricorso al retratto per la violazione della clausola statutaria di prelazione nel trasferimento di azioni di s.p.a.

¹³⁵ Il retratto veniva costruito come surrogazione con efficacia retroattiva nella posizione del terzo già da R.-J. POTHIER, *Traité*, cit., § 2.

¹³⁶ Si veda però l'ampio dibattito sul punto in dottrina. Cfr. M. PROSPERETTI, *Il retratto nella prelazione convenzionale*, in AA. VV., *Prelazione e retratto*, a cura di G. BENEDETTI e L. V. MOSCARINI, Milano, 1988, 559 ss. per il quale il problema di fondo rimane quello dell'opponibilità ai terzi della prelazione convenzionale, in mancanza della quale è impossibile far valere anche per il terzo la "legge di circolazione" concordata tra promittente e prelazionario. Secondo V. MELI, *La clausola*, cit., 173, "il richiamo allo strumento (*il retratto n.d.a.*) avrebbe bisogno di ben più solidi sostegni logici e sistematici".

¹³⁷ Negano l'attribuzione di un diritto di riscatto all'affittuario pretermesso: F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1657 ss.; B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 717; F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 438; A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione*, cit., 951; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1092; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 370; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1385. Con riferimento alla prelazione legale ex art. 3, co. 4, l. n. 223/1991, U. APICE, *Modi*, cit., 610; F. SEVERINI, *Il diritto*, cit., 234 ss.; M. NALDINI, *Affitto*, cit., 519; E. NORELLI, *La prelazione*, cit., 238 ss.; C. DE MARTINI, *La prelazione*, cit., 254 ss.

terzi¹³⁸. Il problema sorgerebbe in ordine alla “capacità normativa” dell’autonomia privata¹³⁹.

L’inammissibilità di un’*actio in rem* di matrice privata si ricaverebbe da diversi indici normativi: l’art. 1379 c.c., che, nel prevedere l’efficacia meramente obbligatoria del divieto di alienazione sarebbe indizio dell’esclusione della facoltà dei privati di dettare regole che incidano sulla circolazione dei beni, con tutela reale¹⁴⁰; l’art. 1374, che prescrive l’efficacia solo interna degli atti negoziali privati; ancora, dalla tutela solo obbligatoria (pur con la possibilità di un’esecuzione forzata in forma specifica dell’obbligo a contrarre) riservata al preliminare.

Né sembrerebbe che l’assoggettamento a pubblicità possa determinare il sorgere di un diritto di riscatto, a presidio di un patto di preferenza reso, tramite lo strumento pubblicitario, conoscibile ai terzi, in quanto, come visto, il regime pubblicitario non muta la natura di un atto, né può attribuirgli opponibilità *erga omnes*.

Ciò posto, ci si può interrogare sull’ammissibilità di forme di tutela “reali”, differenti dal diritto di riscatto, per l’affittuario pretermesso, dato che “la c.d. prelazione legale non è soltanto quella assistita dal riscatto, bensì quella che comporta, se inadempita, l’invalidità o l’inefficacia (assoluta o relativa) dell’alienazione lesiva”¹⁴¹.

E sul punto non possono che sottolinearsi le peculiarità della prelazione convenzionale dell’affittuario prevista dalla legge fallimentare, rispetto alla tradizionale configurazione del patto di preferenza.

Da un lato, si è visto come la clausola di prelazione sia assoggettata al medesimo regime pubblicitario previsto per il contratto d’affitto d’azienda, salva la possibilità, come visto discussa, che sia concessa con patto autonomo successivo al contratto.

E’ vero, si potrebbe agevolmente obiettare che tale regime pubblicitario riguardi non solo la specifica prelazione di cui all’ art. 104-bis, co. 5, l. fall., ma qualunque

¹³⁸ Non può però condividersi, in quanto sembrerebbe sovrapporre il piano della natura del diritto di prelazione con il piano della tutela accordata allo stesso, l’assunto di F. FIMMANÒ, sub art. 104-bis, cit., 1658, per il quale far accompagnare il diritto di prelazione a “un diritto di seguito vorrebbe dire riconoscerne automaticamente la valenza giuridica di diritto reale e cioè di diritto che può essere fatto valere non solo verso la procedura ma *erga omnes*”.

¹³⁹ Così A. GIOVATI, *L’efficacia*, cit., 237. Si veda anche C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 555, il quale afferma come “si possa cogliere nel sistema un principio generale, cioè il principio della non competenza dei privati a fissare l’opponibilità ai terzi dei negozi aventi ad oggetto beni materiali al di fuori dei casi consentiti dalla legge”.

¹⁴⁰ Pur aderendo alla tesi che ritiene la norma non applicabile al patto di preferenza, che non implica un “divieto di alienazione”, così A. GIOVATI, *L’efficacia*, cit., 238

¹⁴¹ Così P. MAJELLO, *L’efficacia della prelazione*, in *Le prelazioni*, Milano, 1975, 88.

clausola di prelazione che acceda a un contratto d'affitto d'azienda, anche in contesto extraconcorsuale; non può, però, negarsi che il dato possa contribuire, garantendo la conoscibilità legale del patto ai terzi, a ripensare le soluzioni elaborate in tema di tutela dell'affittuario pretermesso.

Inoltre, come visto, la prelazione convenzionale è attribuita all'affittuario sulla base di una valutazione degli organi della procedura circa la rispondenza della clausola all'interesse dei creditori. La clausola garantisce l'individuazione di un potenziale acquirente dell'azienda già al momento del contratto d'affitto; inoltre, operando come anello congiuntivo tra affitto e vendita endofallimentare, da un lato, incentiva la valorizzazione dell'azienda da parte dell'affittuario, ai fini della più proficua vendita, dall'altro, si iscrive nell'arco dei contributi all'effetto redistributivo del rischio e del potere di gestione sull'impresa insolvente, garantendo una prospettiva di definitività al ripristino della situazione tipica dell'impresa *in bonis*, in capo all'affittuario, rispetto al rapporto *alea/gestione* dell'attività.

Per cui non sembra più coerente ritenere che l'esclusione di una tutela reale possa derivare dal fatto che alla base della prelazione convenzionale vi siano solo esigenze di tutela "dell'interesse privato dell'affittuario alla salvezza dell'investimento, e non un interesse pubblico"¹⁴².

Ancora, l'esercizio del diritto di preferenza si inquadra in un procedimento disciplinato dalla legge, come esito della procedura competitiva *ex art. 107 l. fall.* per la selezione del contraente.

Tali considerazioni possono portare a riconoscere alla violazione della clausola di prelazione una portata inficiante l'acquisto del terzo, in spregio al patto di preferenza?

Va ritenuto impugnabile il provvedimento del curatore di individuazione dell'acquirente *ex art. 107 l. fall.*, là dove non si proceda poi alla *denuntiatio*, ad opera della Curatela, così come ammissibile sembra il reclamo, avverso il provvedimento del giudice di aggiudicazione dell'azienda, nel caso in cui non si proceda alla cessione mediante ricorso a tecniche integralmente privatistiche. In entrambi i casi propenderei per un'efficacia invalidante, sul contratto nelle more stipulato, dell'eventuale

¹⁴² Così, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 370.

provvedimento che accolga il reclamo, poiché il decreto di trasferimento si presenta come atto presupposto per il contratto di vendita dell'azienda.

Più difficile, invece, ripensare alla tesi¹⁴³ che qualifica come invalido il contratto, in spregio della prelazione dell'affittuario, concluso dalla procedura, per le difficoltà di rintracciare la norma imperativa la cui violazione possa dar luogo a nullità del contratto menzionato. Ciò a meno di non ritenere che la menzione della clausola da parte dell'art. 104-*bis*, co. 5, l. fall., ne determini la natura di regola, sia pur indirettamente, legale, la cui violazione dia luogo a nullità del contratto. Ma l'interpretazione pare francamente eccessiva, e non dà conto del carattere imperativo, e tale da dar luogo al presidio della nullità per la sua violazione, che dovrebbe avere nel caso di specie questa presunta norma.

Né si potrebbe ritenere nullo il contratto per impossibilità giuridica dell'oggetto, sostenendo, come è stato fatto per la prelazione statutaria di s.p.a., che la clausola si traduca in un vincolo obiettivo di indisponibilità, che andrebbe a divenire caratteristica oggettiva del bene, in quanto, come visto, la prelazione convenzionale non incide che sul potere soggettivo dell'alienante di disposizione del bene¹⁴⁴.

Analoghe difficoltà potrebbe comportare la qualificazione in termini di inefficacia, relativa o assoluta, del contratto in spregio al diritto di prelazione dell'affittuario, visto la mancanza di un fondamento normativo che consenta di ricollegare alla violazione del patto di preferenza la conseguenza dell'inefficacia del contratto di vendita verso l'affittuario.

Si deve dunque passare all'esame dei rimedi obbligatori per la violazione del patto di prelazione, a disposizione dell'affittuario pretermesso.

Sembra non sostenibile che l'affittuario, in caso di mancata *denuntiatio*, fino al momento della stipula del contratto di vendita con l'aggiudicatario della procedura competitiva, possa ricorrere all'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo a contrarre, *ex art.* 2932 c.c.; e ciò, sia in ragione della non configurabilità del patto di preferenza come preliminare unilaterale condizionato, sia in ragione della difficoltà di

¹⁴³ Si veda, con riferimento alla prelazione *ex art.* 3, co. 4, l. n. 223/1991, C. DE MARTINI, *La prelazione*, cit., 262 ss.; nello stesso senso M. GUERNELLI, *La cessione di azienda nel fallimento*, in *Dir. fall.*, I, 1997, 1198; L. PANZANI, *Affitto*, cit., 927 ss.

¹⁴⁴ Per analoghe critiche V. MELI, *La clausola*, cit., per il quale la regola di prelazione non attiene al contenuto essenziale del negozio, né all'oggetto di esso, per cui parlare di nullità o invalidità del negozio di trasferimento in spregio della prelazione sarebbe improprio.

individuare il possibile momento in cui l'obbligo di preferenza a carico della procedura si converta in obbligo a contrarre in favore dell'affittuario, azionabile coercitivamente. Si è sostenuto sul punto, sia pur con riferimento alla clausola di prelazione statutaria di s.p.a., che, poiché l'obbligo di effettuare la *denuntiatio* integrerebbe il contenuto dell'obbligazione del promittente, la mancata comunicazione dell'intenzione di vendere comporterebbe già inadempimento del patto di preferenza da parte dell'alienante, cosicché in questa ipotesi residuerebbe spazio per il rimedio di cui all'art. 2932 c.c.¹⁴⁵. Ma, se si può condividere che la *denuntiatio* costituisca già oggetto dell'obbligazione dell'alienante, in caso di omessa effettuazione della comunicazione, a ben vedere, non si avrebbe comunque inadempimento di un *obbligo a contrarre*, ma sempre e solo di un *obbligo di preferire il prelazionario al terzo*, come controparte contrattuale. Per cui sembra comunque da negare la possibilità del ricorso all'esecuzione forzata in forma specifica ex art. 2932 c.c., esulandosi dall'ambito di applicazione della norma.

Resta il rimedio risarcitorio¹⁴⁶, sia verso la procedura, con la creazione di un debito prededucibile¹⁴⁷, sia verso l'organo, il curatore o il giudice, che possa ritenersi responsabile per la violazione del patto di preferenza, nei limiti dei presupposti per l'insorgenza di una sua personale responsabilità¹⁴⁸.

Dovendosi poi distinguere, come ampiamente detto, il piano della *rilevanza* per i terzi della clausola di prelazione dal piano dell'*opponibilità*, potrebbe ritenersi che il patto di preferenza integri il presupposto per il sorgere di una responsabilità, connessa alla sua violazione, anche per il terzo acquirente, di natura extracontrattuale, là dove si accedesse alla tesi della lesione del diritto di credito¹⁴⁹, o, addirittura contrattuale,

¹⁴⁵ Si veda V. MELI, *La clausola*, cit., 174 ss. Nello stesso senso S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, XX, Torino, 1985, 340

¹⁴⁶ Si vedano F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1657 ss.; B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 717; F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 438; A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione*, cit., 951; A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1092; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 370; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1385. Con riferimento alla prelazione legale ex art. 3, co. 4, l. n. 223/1991, U. APICE, *Modi*, cit., 610; F. SEVERINI, *Il diritto*, cit., 234 ss.; M. NALDINI, *Affitto*, cit., 519; E. NORELLI, *La prelazione*, cit., 238 ss.; C. DE MARTINI, *La prelazione*, cit., 254 ss.

¹⁴⁷ Così D. COLOMBINI, *La liquidazione*, cit., 563; A. PALUCHOWSKY, sub *art. 104-bis*, cit., 1159.

¹⁴⁸ Così D. COLOMBINI, *La liquidazione*, cit., 563.

¹⁴⁹ Si veda, in via specifica per la violazione della prelazione: V. MELI, *La clausola*, cit., 182; G. VETTORI, *Efficacia*, cit., 159 ss.; L. MOSSA, *Limiti alla circolabilità delle azioni*, in *Nuova riv. dir. comm., dir. dell'ec., dir. sociale*, Pisa, 1947-1948, 117 s.; M. D'ORAZI, *Della prelazione*, cit., 331 s. il quale prendeva spunto dall'art. 2 R.D.L. n. 1476/1923, che poneva una regola di responsabilità del terzo

ricorrendo allo schema del concorso nell’inadempimento del patto di preferenza da parte del terzo¹⁵⁰.

5 *Il diritto di prelazione dell’affittuario, nel contratto d’affitto pregresso.*

Se nessun dubbio ormai sorge sul fatto che la norma di cui all’art-104-*bis*, co. 5, l. fall., si riferisca alla clausola di prelazione che acceda all’affitto endofallimentare, e non a quello pregresso alla dichiarazione di fallimento, un cenno va fatto alla sorte del diritto di prelazione riconosciuto in via pattizia, all’affittuario dell’azienda, in caso di contratto stipulato dall’imprenditore, al momento della sua conclusione ancora *in bonis*, prima dell’apertura della procedura¹⁵¹.

Ciò, se non altro, per dar conto della tesi¹⁵² che, in virtù di quanto espressamente stabilito dalla disposizione della legge fallimentare citata, rileva un nesso di esclusività assoluta tra concessione del diritto di prelazione e stipulazione del contratto di affitto in sede concorsuale.

Per tale opinione, essendo la prelazione specificamente contemplata soltanto dalla norma che prevede e regola l’affitto endofallimentare dell’azienda, il relativo diritto – che abbia matrice pattizia o legale- potrà essere attribuito solo al conduttore dell’azienda in corso di fallimento, a seguito di autorizzazione degli organi della procedura, previa valutazione di convenienza in ordine alla prosecuzione dell’attività ed alle capacità imprenditoriali dell’affittuario. Non invece a coloro che hanno stipulato analogo contratto con il debitore prima dell’apertura del fallimento¹⁵³.

acquirente in violazione della prelazione. Più in generale il classico, F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte del terzo*, Milano, 1964, 256;

¹⁵⁰ Si veda F. ZICCARDI, *L’induzione all’inadempimento*, Milano, 1979, 152 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 143 ss.; ID., *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Rass. crit. Dir. priv.*, 1989, 539 s.

¹⁵¹ Per R. ROSSI, *L’affitto*, cit., 394, sarebbe “qui che può cogliersi, forse più che altrove, l’elevato tasso di criticità ermeneutica caratterizzante il legame funzionale tra atti gestori posti in essere dall’imprenditore *in bonis* e finalità della procedura fallimentare. Nella fattispecie, cioè, in cui potrebbe risultare massimo il punto di attrito tra il rispetto che si dovrebbe comunque accordare all’intero contenuto del negozio che continua a produrre i suoi effetti in assenza di recesso da parte della curatela – ed il conseguente completo assorbimento nell’ambito amministrativo della massa di manifestazioni di volontà imprenditoriali precedenti al fallimento, compresa l’individuazione fisica del soggetto destinato a rilevare, in tutto o in parte, l’attivo concorsuale”.

¹⁵² Si veda F. FIMMANÒ, *Gli effetti*, cit., 244

¹⁵³ Così, F. FIMMANÒ, *Gli effetti*, cit., 244.

Si è però obiettato¹⁵⁴ che una siffatta impostazione costituirebbe frutto di un equivoco circa la “supremazia” della norma di cui all’art. 104-*bis*, l. fall., a livello di sistema, che assurgerebbe a modello paradigmatico di qualunque contratto d’affitto opponibile al fallimento, così da svalutare la portata autonoma di altre disposizioni, come quella di cui all’art. 79 l. fall., che, al contrario, regolano ipotesi di concessione in godimento dell’azienda differenti rispetto a quella endofallimentare.

Tale equivoco sarebbe già evidente nella tesi¹⁵⁵ per cui la decisione di non recedere dall’affitto pregresso da parte della curatela dovrebbe essere assoggettata al medesimo regime autorizzatorio previsto per la stipula del contratto in corso di procedura. E si ripeterebbe anche in sede di opponibilità della clausola di prelazione, prevista in seno al contratto preesistente all’apertura del concorso, al fallimento.

Nel tentativo di recuperare spazi di indipendenza all’art. 79 l. fall., si è osservato¹⁵⁶ che la *ratio* della disposizione, nella parte in cui esclude che la dichiarazione di fallimento operi come causa di scioglimento del rapporto contrattuale, non sarebbe “certo quella di segnalare all’interprete la mera eventualità di una fattispecie negoziale «aperta», destinata comunque recepire obbligatoriamente quanto stabilito dal successivo art. 104-*bis*; bensì quella di imporre l’integrale osservanza, in mancanza di recesso e fermo restando l’assetto originario definito dalle parti, delle volontà contrattuali manifestate prima del fallimento”¹⁵⁷. Da ciò anche la necessità da parte degli organi della procedura di rispettare la clausola di prelazione contenuta nel contratto, rischio che andrebbe valutato in sede di possibile esercizio di recesso. E proprio i sessanta giorni per il recesso sarebbero tempo sufficiente per l’ufficio fallimentare per valutare la convenienza della continuazione del rapporto, con le relative clausole, per i creditori¹⁵⁸.

Pur riconoscendo che l’art. 104-*bis* l. fall. sia norma disciplinante solo l’affitto endofallimentare, non applicabile al caso di affitto pregresso alla dichiarazione di fallimento, pare che il problema debba porsi in termini diversi.

¹⁵⁴ Si veda R. ROSSI, *L'affitto*, cit., 395 ss

¹⁵⁵ Di F. FIMMANÒ, *Gli effetti*, cit., 244 ss.

¹⁵⁶ Sul punto R. ROSSI, *L'affitto*, cit., 395 ss. Si veda anche L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 72 ss.

¹⁵⁷ Così R. ROSSI, *L'affitto*, cit., 395 ss.

¹⁵⁸ Così R. ROSSI, *L'affitto*, cit., 395 ss.

Come visto, la clausola di prelazione nell'affitto fallimentare contribuisce alla strutturazione dell'operazione negoziale in termini peculiari, realizzando una congiunzione tra affitto e vendita, tale, da un lato, da garantire alla procedura la "precostituzione" di un soggetto interessato all'acquisto del compendio aziendale, già al momento dell'affitto, dall'altro, a incentivare l'affittuario a investire nell'azienda, connotando di "definitività" la concessione dell'azienda all'affittuario, così da risultare funzionale alla "più proficua vendita" dell'azienda. E proprio la colorazione del fenomeno in termini di stabilità contribuisce al ripristino della situazione tipica extraconcorsuale, relativa al rapporto tra gestione dell'impresa e relativo rischio, entrambi imputabili in via esclusiva all'affittuario, che potrà "progettare" la sua gestione in una prospettiva di medio-lungo periodo, a fronte dell'alea assunta, per l'aspettativa fondata sul patto di preferenza al futuro acquisto del compendio.

La gestione dell'affittuario, come contraltare del rischio di impresa, perde quei caratteri di provvisorietà che potrebbero distorcere le potenzialità dell'istituto, per assumere portata più ampia, che trascenda lo stesso arco temporale dell'affitto.

E ciò, come già esposto, anche rispetto ai terzi, che si trovino a operare con l'impresa, in quanto l'aspettativa dell'acquisto dell'azienda da parte del conduttore può fungere da garanzia in divenire, in modo da attrarre nuova e "buona" finanza per l'attività di impresa.

Dunque, l'inserimento della clausola di prelazione non presuppone solamente la valutazione circa la non eccessività del pregiudizio arrecato ai creditori, a fronte del vantaggio della prosecuzione dell'impresa garantita per il tramite dell'affitto, così da poter ritenere che una prelazione pattuita dal debitore poi fallito in favore del conduttore nel caso di affitto pregresso possa essere opponibile al fallimento, ma rappresenta il fulcro della strategia liquidatoria del curatore e del comitato dei creditori.

Allo stesso tempo, la prelazione convenzionale è pensata, a nostro parere, proprio in funzione dell'affitto endofallimentare, nel suo effetto tipico di riallocazione del rischio di impresa nell'insolvenza in capo all'affittuario, e di creazione delle condizioni ottimali per la futura cessione in blocco del compendio.

Per questo, ritengo, non potrà ritenersi opponibile al fallimento la clausola contenuta nel contratto d'affitto pregresso, in caso di mancato recesso da parte della procedura. Al contrario, là dove il curatore ritenga di poter, strategicamente, attribuire la

prelazione sull'azienda all'affittuario preesistente, dovrà effettuare una esplicita proposta in tal senso, soggetta al peculiare regime autorizzatorio di cui all'art. 104-*bis*, co. 5, 1. fall.

Capitolo IV

La retrocessione dell'azienda

SOMMARIO: 1 La conclusione del rapporto contrattuale; la retrocessione dell'azienda alla procedura nel caso in cui non si pervenga alla vendita.- 2 La disciplina generale in materia di retrocessione d'azienda al termine del contratto d'affitto, nel caso di impresa in bonis: problematiche in ordine a variazione delle consistenze, rapporti contrattuali e debiti.- 3 Le soluzioni elaborate dalla dottrina in ordine al momento della retrocessione nel vigore del testo originario della legge fallimentare: sorte dei rapporti pendenti e delle passività assunte dall'affittuario.- 4 Questioni su cui l'art. 104-bis l. fall. non prende posizione: in merito alla variazione delle consistenze e all'obbligo di non concorrenza.- 5 La responsabilità per i debiti sorti nel corso dell'esercizio dell'impresa da parte dell'affittuario. Il rilievo sistematico dell'esclusione della responsabilità della procedura. L'affitto endofallimentare come strumento di riallocazione del rischio d'impresa.- 5.1 L'espressa esclusione della responsabilità per i debiti da "retribuzione".- 6 La sorte dei rapporti contrattuali pendenti al momento della retrocessione dell'azienda. Applicabilità degli artt. 72 ss. l. fall. anche ai contratti su cui il curatore si era già pronunciato prima dell'affitto o solo a quelli instaurati ex novo dall'affittuario.- 6.1 Il significato del rinvio alle disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del titolo II della l. fall. Conseguenze in caso di scelta per lo scioglimento del contratto da parte della curatela: estinzione del rapporto o continuazione in capo all'affittuario. Riconoscimento di un diritto di recesso al terzo contraente ex art. 2558 c.c., in caso di subentro della Curatela.- 6.2 La sorte dei rapporti di lavoro in caso di retrocessione dell'azienda. Rapporto tra esclusione della responsabilità del fallimento per i debiti da lavoro e sorte dei rapporti di lavoro pendenti. Questioni in ordine all'applicabilità dell'art. 3, co. 1, l. n. 223/1990.- 7 La retrocessione dell'azienda in caso di revoca o di chiusura del fallimento.- 8 La cessione dell'azienda all'acquirente, in caso di cessazione dell'affitto successiva alla vendita.- 9 Il fallimento dell'affittuario.

1 La conclusione del rapporto contrattuale; la retrocessione dell'azienda alla procedura nel caso in cui non si pervenga alla vendita.

Il momento terminale dell'affitto endofallimentare condiziona prospettive e struttura dell'operazione negoziale.

L'effetto redistributivo del rischio di impresa dai creditori, su cui il *business risk* era iniquamente migrato con lo stato di insolvenza, all'affittuario, imprenditore *in bonis*, cui spetti la gestione in via esclusiva dell'attività, potrebbe venir compromesso, in assenza di una regolamentazione espressa della retrocessione dell'azienda alla procedura, al termine del rapporto d'affitto.

Il contratto d'affitto endofallimentare potrebbe terminare o per via di scadenza del termine finale, per avveramento della condizione risolutiva, per l'operare di una clausola risolutiva espressa, per risoluzione per inadempimento dell'affittuario o della

procedura, o per le altre cause previste dalla legge, o ancora nel caso di esercizio da parte del curatore del diritto di recesso di cui all'art. 104-*bis*, co. 2, l. fall.

La cessazione del rapporto d'affitto implica la necessità di disciplinare il "rientro" dell'azienda nella disponibilità del concedente, la procedura fallimentare, integrandosi un fenomeno *lato sensu* circolatorio, e, in particolare, quella che viene definita "circolazione di ritorno" del compendio aziendale.

La natura di fenomeno "traslativo", sia pur, in certi casi, di matrice non negoziale, della retrocessione dell'azienda al fallimento, al termine dell'affitto, implica la problematica dell'applicabilità alla fattispecie delle disposizioni che il trasferimento d'azienda regolano; ci si riferisce, com'è ovvio, agli artt. 2557 e ss. c.c.

L'assenza di una regolamentazione esplicita del momento finale dell'affitto endofallimentare, con conseguente indiscriminata applicazione del complesso di norme regolanti la fattispecie traslativa del compendio aziendale, per i casi di affitto di azienda *in bonis*, avrebbe frustrato le potenzialità dell'istituto, pregiudicando il menzionato effetto riallocativo del rischio di impresa dal ceto creditorio a un terzo, cui sia concessa in godimento l'azienda del fallito.

Si pensi, ad esempio, alla questione della sorte delle passività assunte dall'affittuario in corso di gestione: ritenere che il ritorno dell'azienda al fallimento, al termine dell'affitto, possa comportare per la procedura l'assunzione di responsabilità per le obbligazioni contratte dall'affittuario in corso di rapporto, significherebbe scaricare *ex post*, di nuovo, il rischio di impresa che si intendeva isolare, per il tempo dell'affitto, in capo al conduttore, sul ceto creditorio. Gli eventuali esiti negativi dell'impresa dell'affittuario sarebbero riversati, proprio nel momento conclusivo della gestione provvisoria, sui creditori concorsuali, compromettendo del tutto quell'effetto redistributivo del *business risk* che sembra assurgere a *ratio* dell'istituto.

Ancora, si pensi alla sorte dei rapporti contrattuali pendenti al momento della retrocessione dell'azienda: una successione indifferenziata della procedura nei contratti in corso di esecuzione al termine dell'affitto potrebbe coinvolgere il fallimento nei risultati della fase "transitoria" di gestione dell'impresa dell'affittuario, pregiudicando il ripristino del rapporto equilibrato gestione-rischio sull'impresa, che il contratto d'affitto puntava a realizzare. E, d'altronde, la prosecuzione di un contratto "non voluto" a carico del fallimento potrebbe comportare oneri e costi per la massa, con

l'eventualità che, nelle more della valutazione della convenienza di un recesso della curatela (ipotizzando un meccanismo simile a quello di cui all'art. 2558 c.c., ritenuto applicabile alla retrocessione dell'azienda nel caso di affittante *in bonis*¹) la controparte contrattuale esegua la propria prestazione, acquistando, verso la procedura, un credito prededucibile.

Ma la fase conclusiva del rapporto d'affitto endofallimentare è decisiva anche per garantire la funzione tipica, di massimizzazione del ricavato dalla vendita del compendio aziendale, dell'istituto.

Come visto, l'affitto endofallimentare è teleologicamente orientato, nella sua funzione tipica, "alla più proficua vendita" dell'azienda.

Il ritorno alla procedura del complesso aziendale, valorizzato dalla gestione dell'affittuario, garantisce l'obiettivo di conservazione degli *asset* ancora positivi del compendio, che un'interruzione repentina dell'attività di impresa avrebbe compromesso. Per cui, nella retrocessione l'azienda va compresa nella sua integrità, alla luce della configurazione del complesso come unità organica, funzionale all'esercizio dell'impresa. E, proprio la prospettiva di una continuazione dell'impresa da parte della procedura, o, dopo la vendita, dell'acquirente, va tutelata con la disciplina della circolazione di ritorno dell'azienda al fallimento, al termine dell'affitto.

Le due istanze di riallocazione del rischio di impresa e di agevolazione della liquidazione in blocco dell'azienda sono ben presenti al legislatore, che, conscio della delicatezza del momento della retrocessione del compendio, ha introdotto la disciplina specifica di cui all'art. 104-*bis*, co. 6, l. fall.

La norma si occupa, però, soltanto di due aspetti precipui: la responsabilità per le obbligazioni dell'affittuario e la successione nei rapporti contrattuali in corso di esecuzione. All'interprete sono lasciate le soluzioni per altri aspetti di particolare rilievo rispetto alla "circolazione di ritorno" al fallimento. E anche sui due momenti regolati dal legislatore espressamente si pongono questioni esegetiche non indifferenti.

¹ Così, A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 432; M. CASANOVA, *Le imprese*, cit., 750; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 311; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 242; A. DI AMATO, *Trasferimento non negoziale dell'azienda e successione nei contratti*, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 1493 ss.; In giurisprudenza già, Cass. 29 gennaio 1979, n. 632, in *Giur. it.*, 1980, I, I, c. 146; più di recente, Cass., 7 marzo 2001, n. 3312, in *Contratti*, 2001, 688, in *Mass. Giur. it.*, 2001; Cass. 7 novembre 2003, n. 16724, in *Guida al diritto*, 2003, n. 47, 36; Cass. Civ., 16 giugno 2004, n. 11318, in *Mass. Giust. Civ.*, 2004, 6; Cass. 23 settembre 2015, n. 18805, in *Giur. it.*, 10, 2015, 2034, ma solo per la retrocessione che segue a terminazione del rapporto d'affitto riconducibile a *fatti negoziali*.

2 *La disciplina generale in materia di retrocessione d'azienda al termine del contratto d'affitto, nel caso di impresa in bonis: problematiche in ordine a variazione delle consistenze, rapporti contrattuali e debiti.*

Per comprendere in che termini la disciplina di cui all'art. 104-*bis*, co. 6, l. fall., vada ad incidere sulla struttura dell'affitto endofallimentare, occorre verificare quali sarebbero, in mancanza di una norma apposita, le regole applicabili alla circolazione "di ritorno" dell'azienda, al termine del rapporto, in forza del momento "contrattuale" dell'affitto.

E, d'altronde, la norma fallimentare regola solo alcuni effetti della "retrocessione" dell'azienda all'affittante, la procedura nel nostro caso, mentre per altri lascia all'interprete la valutazione della compatibilità della disciplina generale dell'affitto d'azienda rispetto al contesto "concorsuale" in cui avviene il fenomeno *traslativo*, alla funzionalizzazione dell'istituto al maggior soddisfacimento possibile dei creditori, e alla tensione dello strumento verso una riallocazione efficiente del rischio di impresa, per il tempo del rapporto, dai creditori all'affittuario.

Occorre prendere le mosse dalla constatazione che il legislatore non ha disciplinato in via esplicita neppure il momento della cessazione del rapporto d'affitto d'azienda per il caso generale dell'impresa *in bonis*². E, a ben vedere, nemmeno il

² Nell'ordinamento tedesco, si registrano simili problematiche per l'*Unternehmenspacht*. Al termine del rapporto contrattuale il *Pächter* è obbligato alla retrocessione dell'azienda, quale *funktionale Einheit*, nella *Unternehmensträgerschaft* del *Verpächter* (Cosi, K., SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit., § 5 III, Rdn. 55, 186 s.; F. KLEIN BLENKERS, *Das Recht*, cit., 331 ss.).

Fino a che punto e a quali condizioni il *Verpächter* potrà rientrare nella titolarità delle attività e con che modalità e misura il *Pächter* dovrà essere liberato dalla responsabilità per le pregresse passività, o al contrario debba rispondere dei debiti assunti nel corso della gestione, è dubbio, e dipende dal concreto contenuto del contratto, e da come le parti abbiano inteso regolare l'assetto degli interessi sottesi all'operazione. Nel caso dell'affitto dell'azienda del debitore insolvente, la retrocessione dell'azienda non comporterà alcuna responsabilità della massa per le obbligazioni contratte dal *Pächter*, non venendo in rilievo il § 55 *InsO*, che al contrario si applica per le obbligazioni assunte dall'*Insolvenzverwalter* nella gestione dell'impresa del debitore insolvente nel corso della *vorläufige Fortführung*.

Altra questione riguarda la prosecuzione da parte del *Verpächter* nell'utilizzo della ditta che durante il tempo dell'affitto aveva contraddistinto l'impresa del *Pächter*. Anche in questo caso, come a parti inverse nel caso del trasferimento iniziale, andrà, secondo l'opinione maggioritaria in dottrina (R. SCHAUB, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 2013, § 581, Rdn. 332;

richiamo dell'art. 2561 c.c. è utile a tal fine, ch  neanche per l'usufrutto si   disciplinata la circolazione c.d. "regressiva", all'estinzione del diritto reale limitato sull'azienda, eventualmente concesso dal proprietario, a un terzo usufruttuario.

Ciononostante, la dottrina maggioritaria si esprime per una equiparazione tra effetti della cessazione dell'affitto e della cessazione dell'usufrutto, sia quanto a individuazione dei beni che tornano all'affittante³, sia con riguardo alle valutazioni di inventario ed alle determinazioni delle relative differenze⁴.

J. SONNENSCHNEIN, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1996, ,   581, Rdn. 442; J.D. HARKE, in *M nchKommBGB*, 5 ed., München, 2008,   581, Rdn. 59; A. HEIDINGER, in K. SCHMIDT, *MünchKommHGB*, ed. 2, München, 2005, vol. 1,   22 *HGB*, Rdn. 97, 517; F. KLEIN BLENKERS, in B. DAUNER-LIEB e W. LANGEN, *NomosKommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. 2/1, ed. 1, Baden Baden, 2005, *Anhang zu    581- 597*, Rdn. 35; K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit.,   5 III, Rn. 55, 186 s., F. KLEIN BLENKERS, *Das Recht*, cit., 328), applicato il   22 *HGB*, quantomeno per il caso di ditta nuova, creata dal *P chter*, mentre invece maggiori dubbi fa sorgere il caso in cui il *P chter* sia subentrato nella ditta gi  del debitore insolvente. Sar  dunque necessario il consenso del *P chter* per la prosecuzione da parte del *Verp chter*, a seguito della retrocessione, nell'utilizzo della ditta che ha contraddistinto l'impresa nel corso del rapporto contrattuale, a meno che il punto non sia stato espressamente regolato dal contratto d'affitto e il consenso del *P chter* precedentemente manifestato nello stesso negozio. La soluzione merita di essere mantenuta anche riguardo all'affitto disposto nel corso di una procedura di insolvenza. Non si vede sul punto la ragione per privilegiare infatti in questo caso la procedura, che peraltro non risponder  come visto per le obbligazioni sorte nel corso dell'esercizio dell'impresa da parte dell'affittuario. Anzi   forse ancora pi  forte l'esigenza di tutela del *P chter*, la cui reputazione potrebbe subire un pregiudizio nel caso di prosecuzione dell'attivit  di impresa sotto la gestione dell'*Insolvenzverwalter* con utilizzo della medesima ditta.

Altra problematica connessa all'obbligo di retrocessione dell'azienda riguarda la possibile differenza di valore del complesso aziendale tra l'inizio e la fine del rapporto contrattuale: si pone il problema della parte cui vadano imputati eventuali incrementi di valore, dovuti a investimenti ad esempio effettuati dal *P chter* durante il tempo dell'affitto. A tal fine rileveranno le condizioni e lo stato dell'azienda al termine del contratto d'affitto ed eventuali pattuizioni in merito a possibili indennizzi per le differenze valoriali dell'azienda (Si deve evidenziare la soluzione proposta da K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit.,   5 III, Rdn. 55 ss., 186 s., che riporta anche un caso esemplificativo tratto da BGH, in *NJW Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, 2306 e *WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 1986, 908: „Die Frage ist nach der gesetzlichen Wertung zugunsten des Verp chters zu beantworten“). Cosi anche F. KLEIN BLENKERS, *Anhang zu    581- 597*, cit., Rn. 9 s.; 38 s.)

La retrocessione dell'azienda al *Verp chter* al termine dell'affitto potrebbe poi anche venire a mancare, nel caso di acquisto a titolo definitivo dell'azienda da parte dello stesso *P chter*, o ancora avvenire nei confronti di un terzo e non del *Verp chter*, in quanto quest'ultimo abbia gi  venduto a un terzo l'azienda.

³ Non si pone per  per l'affitto in genere la problematica relativa al trasferimento in propriet  all'affittuario di parte dei beni componenti l'azienda, come avviene invece per l'usufrutto: il concedente rimane anche a seguito della stipulazione del contratto e della concessione in godimento dell'azienda proprietario pieno di tutti gli elementi del compendio, si veda sul punto G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 290.

⁴ Cosi G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 290; F. MARTORANO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. BUONOCORE, diretto da R. COSTI, I, III, Torino, 2010, 329 ss.; A. MORANO-A. CIRILLO, *L'affitto come forma di gestione dell'azienda sociale*, in *Societ *, 1993, 302 ss.

Per il primo punto, in materia di usufrutto, l'estinzione del diritto reale limitato, con conseguente riespansione della proprietà piena, va temperata con il carattere dinamico della gestione imprenditoriale, che attribuisce all'obbligo di conservazione del bene, in vista della restituzione alla cessazione del diritto, connotazione particolare. Il combinato disposto dei commi 2 e 4 dell'art. 2561 c.c. sono stati interpretati nel senso che al momento dell'estinzione dell'usufrutto sull'azienda, rientrano nella proprietà e disponibilità del proprietario: a) i beni facenti parte dell'usufrutto al momento della costituzione del diritto reale limitato, b) i beni immessi durante la gestione, con eccezione delle immissioni abusive, purché l'acquisto da parte dell'usufruttuario sia opponibile a terzi⁵.

Orbene, l'art. 2561, co. 4 c.c. prevede che "la differenza tra le consistenze d'inventario all'inizio e al termine dell'usufrutto è regolata in danaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'usufrutto". Tale regola è stata interpretata per l'usufrutto d'azienda come prevalente rispetto alle norme in materia di variazioni sostitutive e aggiuntive per l'usufrutto in generale *ex* artt. 985 e 986 c.c.⁶.

Allo stesso modo, in materia di affitto d'azienda va ritenuto superato dal disposto dell'art. 2561, co. 4, c.c. il limite, di cui all'art. 1620 c.c., al potere dell'affittuario di incrementare la produttività dell'azienda. Tale ultima norma, infatti, nella parte in cui prevede che l'affittuario può prendere le iniziative atte a produrre un aumento di reddito della cosa "purché esse non importino obblighi per il locatore o non gli arrechino pregiudizio", non può essere interpretata nel senso che i miglioramenti al compendio aziendale non debbano comportare per il concedente l'obbligo di pagare il valore delle differenze positive d'inventario, almeno fino a che tali miglioramenti rientrino "nei limiti di una diligente gestione e non significhino trasformazione dell'azienda"⁷. Dunque, dovrebbero riconoscersi a credito dell'affittuario i

⁵ Si veda G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 268; F. MARTORANO, *L'azienda*, 315.

⁶ Così G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 268, G. AULETTA, *Fine dell'usufrutto e variazioni nella composizione della azienda*, in *Impresa e società, Scritti in Memoria di Alessandro Graziani*, Napoli, 1968, *passim*; F. BIGLIAZZI GERI, *L'usufrutto, Appunti delle lezioni*, Milano, 1977, 374; parz. conf. A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 364 s., 435 ss. *Contra* F. FERRARA, *La teoria giuridica*, cit., 419; G. FERRARI, *Azienda*, cit., 739; P. GRECO, *Corso*, cit., 335 ss., che ritengono di limitare l'applicazione dell'art. 2561 co. 4 alle sole differenze nelle scorte.

⁷ Così G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 291; si veda anche F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 330; A. MORANO- E. CIRILLO, *L'affitto*, cit., 301 ss.

miglioramenti nel complesso aziendale, idonei ad incrementarne la produttività, che non importino mutamento della destinazione economica dell'azienda⁸.

In direzione analoga, poi, va riconosciuta la prevalenza dell'art. 2561, co. 4, c.c. rispetto agli artt. 1592 e 1593 c.c. in materia di contratto d'affitto, relativi ai miglioramenti e alle addizioni⁹.

Ci si è interrogati, inoltre, sulla sorte delle spese di riparazione delle singole componenti aziendali; anche in questo caso la soluzione tra affitto e usufrutto d'azienda è stata ritenuta coincidente: le spese di riparazione per logorii o perimenti dei beni componenti l'azienda graveranno sull'affittuario, senza possibilità di distinzione tra riparazioni ordinarie e straordinarie¹⁰, come invece disposto, per l'affitto in genere, dall'art. 1621 c.c.

Questione più controversa è quella della spettanza all'affittuario di un compenso per l'incremento eventuale dell'avviamento dell'azienda: la tesi positiva è maggioritaria¹¹ e si lascia preferire, non valendo a negare il relativo diritto dell'affittuario: né la considerazione dell'appartenenza dell'avviamento al compendio, rientrante come tale in proprietà del concedente¹², ché la medesima situazione sussiste anche per le scorte o le addizioni apportate dall'affittuario; né il richiamo, fuori luogo, al concetto di proprietà commerciale¹³; né la natura¹⁴, invero contestata¹⁵, di bene non inventariabile dell'avviamento¹⁶.

Invece, né la disciplina sull'affitto d'azienda, né quella sull'affitto di cosa produttiva disciplinano l'ipotesi di inadempimento, anche sotto il profilo del ritardo

⁸ Si veda Cass., 13 aprile 1977, n. 1388, in *Mass. Giur. it.*, 1977, c. 334 s.

⁹ Così G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 291; si veda anche F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 330; A. MORANO- E. CIRILLO, *L'affitto*, cit., 301 ss. *Contra* F. FERRARA, *La teoria giuridica*, cit., 419; P. GRECO, *Corso*, cit., 335 ss.,

¹⁰ Così G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 291; si veda anche F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 330; A. MORANO- E. CIRILLO, *L'affitto*, cit., 301 ss.

¹¹ G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 279 ss.; G. AULETTA, voce *Avviamento*, in *Enc. Del dir.*, 639; A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 433 ss.; F. FERRARA, *La teoria giuridica*, cit., 419 s.; G. FERRARI, voce *Azienda*, cit., 739; P. GRECO, *Corso*, cit., 348; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 318 ss.

¹² In giurisprudenza, Cass. 4 dicembre 1963, n. 3084, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, c. 296 ss.; Cass. 9 luglio 1957, n. 2709, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 454; Cass. 29 gennaio 1955, n. 851, in *Foro it.*, 1952, I, 1530 ss.

¹³ Così, Cass. 28 marzo 1952, n. 851, in *Foro it.*, 1952, I, 1, c. 1530 ss.

¹⁴ Così, G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 207.

¹⁵ Si veda G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 281.

¹⁶ Diverso è invece il problema della quantificazione dell'indennità, in ragione del solo maggior avviamento ricollegabile a opere e spese dell'affittuario, per il quale si rinvia a G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 281 ss.

nell'adempimento, dell'obbligo di retrocessione dell'azienda alla scadenza del contratto da parte dell'affittuario. Si è proposto, condivisibilmente, che l'affittuario sia tenuto a continuare a pagare il canone, nonché a risarcire il danno subito dal concedente, per la ritardata disponibilità dell'azienda, quantificabile come differenza tra canone e redditività media¹⁷.

Si passi, ora, all'esame della questione della sorte dei rapporti pendenti al momento della scadenza dell'affitto¹⁸.

La disciplina di cui all'art. 2558 c.c. è applicabile alla circolazione c.d. "di ritorno" dell'azienda?

Va ricordato che sul punto l'art. 104-bis, co. 6, l. fall. è intervenuto specificamente sulla vicenda della retrocessione dell'azienda endofallimentare. Ma è dubbio come si rapporti la norma rispetto alla regola sugli effetti della fattispecie generale dell'affitto d'azienda *in bonis*.

In questa sede si esporranno le soluzioni elaborate con riguardo alla vicenda del contratto d'affitto stipulato in una situazione "fisiologica" di impresa solvibile. Sembrerebbe sostenibile il subentro del concedente nei rapporti instaurati dall'affittuario, e non ancora interamente eseguiti da entrambe le parti, *ex art. 2558 c.c.*, e ciò in parallelo rispetto a quanto avviene al momento della stipulazione del contratto¹⁹. Il concedente ha, al pari dell'affittuario nel momento iniziale del rapporto, il diritto di ottenere in restituzione l'azienda nella concreta configurazione assunta al momento della terminazione dell'affitto, e di utilizzare i rapporti contrattuali derivanti dalla sua gestione. Sembrerebbe d'altronde iniquo far gravare, di contro, sull'affittuario, l'onere dell'adempimento di contratti che possano essere stati stipulati anche in ottemperanza all'obbligo di mantenimento dell'efficienza dell'azienda²⁰.

¹⁷ Si veda F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 330; A. BARZAGHI, *Danni da ritardata restituzione nell'affitto d'azienda*, in *Contratti*, 2000, 1146.

¹⁸ F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 311; G. TEDESCHI, *Le disposizioni generali*, cit., 63.

¹⁹ Così, A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 432; M. CASANOVA, *Le imprese*, cit., 750; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 311; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 242; A. DI AMATO, *Trasferimento non negoziale dell'azienda e successione nei contratti*, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 1493 ss.; Cass. 7 novembre 2003, n. 16724, in *Guida al diritto*, 2003, n. 47, 36; Cass. 23 settembre 2015, n. 18805, in *Giur. it.*, 10, 2015, 2034.

²⁰ Così, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 311; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 242; A. DI AMATO, *Trasferimento*, cit., 1493 ss.; Cass. 7 novembre 2003, n. 16724, in *Guida al diritto*, 2003, n. 47, 36; Cass. 23 settembre 2015, n. 18805, in *Giur. it.*, 10, 2015, 2034. *Contra* F. CHIOMENTI, *Se l'art. 2558 primo comma cod. civ. sia applicabile all'ipotesi di risoluzione del contratto di affitto d'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 145 ss.

E' stato peraltro sostenuto che, a parte i casi di esclusione del subentro pattizia, il concedente possa anche sottrarsi alla successione nel rapporto, nel caso in cui la sua instaurazione non risponda ai canoni di diligente gestione²¹.

Non può poi dimenticarsi l'orientamento giurisprudenziale che limita l'operare dell'art. 2558 c.c. ai casi in cui il "trasferimento dell'azienda si ricolleggi direttamente alla volontà delle parti o a un fatto che queste abbiano espressamente previsto (termine finale, condizione risolutiva e via dicendo) ed in relazione alla quale abbiano potuto disporre circa la sorte dei contratti a prestazioni corrispettive inerenti all'azienda ancora non interamente eseguiti al momento del suo verificarsi"; con la conseguenza che rimarrebbe fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 2558 c.c. ogni ipotesi in cui il trasferimento dell'azienda "sia la conseguenza diretta di un fatto non negoziale o sia la conseguenza soltanto mediata di una fattispecie negoziale, cioè di un fatto il cui effetto tipico sia diverso dal trasferimento dell'azienda e si ponga, a sua volta, come causa di esso"²².

Dunque, il meccanismo del subentro automatico del cessionario dell'azienda si applicherebbe anche all'ipotesi della retrocessione al termine dell'affitto, ma solo là dove questa avvenga come conseguenza di un *fatto negoziale*, come, secondo tale orientamento, la scadenza del termine finale, o l'operare di una clausola risolutiva espressa, o l'avveramento di una condizione risolutiva; al contrario, non si avrebbe subentro nei contratti dell'affittuario, da parte del concedente, là dove la retrocessione sia conseguenza di *fatti non negoziali*, come la risoluzione del contratto in sede giudiziale per inadempimento dell'affittuario.

Sebbene tale orientamento susciti perplessità, occorrerà tenerne conto in seguito per verificare se la regola di cui all'art. 104-*bis*, co. 6, l. fall., possa incontrare dei limiti in ragione di tale distinzione pretoria.

Ancora, escluso sarebbe, nella "circolazione di ritorno" dell'azienda al termine dell'affitto extraconcorsuale, nonostante il subentro nei rapporti pendenti del concedente, il diritto di recesso del terzo *ex art.* 2558 co. 3 c.c.; e ciò sia per i rapporti instaurati dallo stesso concedente e poi transitati all'affittuario, in quanto in questo caso il nuovo subentro non comporterebbe alcun mutamento rispetto all'assetto delle parti

²¹ Così, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 311.

²² Così, Cass. 23 settembre 2015, n. 18805. Conf. Cass. 7 novembre 2003, n. 16724, cit.; cit.; Cass. Civ., 16 giugno 2004, n. 11318, cit.

originario, sia per i rapporti instaurati dall'affittuario *ex novo*, in quanto in questo caso il terzo sarebbe a conoscenza del carattere transitorio della gestione della sua controparte, e della possibilità che il rapporto transiti al concedente alla scadenza dell'affitto, da cui la possibilità di cautelarsi con un'eventuale pattuizione contraria al momento dell'instaurazione del rapporto con l'affittuario²³.

Riguardo invece ai crediti acquisiti nel corso dell'attività dall'affittuario, la retrocessione non ne comporterà il trasferimento al concedente, salvo esplicita pattuizione contraria, per l'opinione prevalente.

Per il fronte delle passività assunte dal conduttore, alla scadenza del contratto, o comunque al momento della cessazione del rapporto, sembrerebbe adottabile una regola analoga a quella prevista per la responsabilità per i debiti pregressi del concedente al momento dell'affitto: come questi rimangono in capo al concedente, senza assunzione di alcuna responsabilità da parte dell'affittuario, allo stesso modo non si applicherà il disposto dell'art. 2560, co. 2, c.c. per il momento della "circolazione di ritorno" dell'azienda. Dunque, l'affittante sembrerebbe non dover rispondere per le obbligazioni assunte dall'affittuario nel corso della sua gestione imprenditoriale²⁴. I terzi creditori, consapevoli della transitorietà del rapporto d'affitto, non avrebbero potuto contare, già al momento della concessione del prestito, sulla titolarità dell'azienda da parte dell'affittuario²⁵, o comunque sull'eventuale responsabilità solidale del concedente²⁶.

²³ Così, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 312; G. TEDESCHI, *Le disposizioni generali*, cit., 63; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 247 ss.

²⁴ Così F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 312; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 252 ss.; G. TEDESCHI, *Le disposizioni generali*, cit., 63.

²⁵ L'assenza di una responsabilità esterna del concedente per i debiti contratti dall'affittuario, salvo quelli verso i dipendenti, si spiegherebbe in ragione dell'opponibilità della scissione tra titolarità del compendio e potere gestorio ai terzi, grazie all'adempimento pubblicitario dell'iscrizione del contratto d'affitto nel registro delle imprese. In assenza di tale adempimento, parte della dottrina deduce l'assunzione di una responsabilità del concedente per i debiti assunti dal conduttore nel corso della sua gestione, sotto la ditta dell'affittante, salva la prova della conoscenza *aliunde* dell'avvenuto mutamento della titolarità, così F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 313; si tratta però di un'ipotesi che sembra risentire dell'impostazione dell'ordinamento tedesco, dove, in caso di *Unternehmenspacht*, il § 25 *HGB* prevede che il cessionario risponda per le obbligazioni pregresse fondate sulla gestione dell'azienda (il che non implica liberazione dell'alienante), laddove prosegua, in questo caso anche in assenza del consenso del dante causa, nell'uso della preesistente ditta. Si ricollegano dunque al subentro nella ditta, conseguenze in termini di responsabilità per il subentrare che non sembrano, in assenza di un analogo riferimento normativo, sostenibili per l'ordinamento italiano.

²⁶ Così F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 312.

Un accollo dei debiti pregressi potrebbe avvenire solo per apposita pattuizione, non desumibile, si ritiene preferibilmente, dall'inclusione dei debiti nell'inventario²⁷.

A diversa soluzione la dottrina maggioritaria perviene in materia di rapporti da lavoro pendenti e relativi debiti: troverà applicazione anche per il caso di retrocessione dell'azienda al concedente l'art. 2112 c.c., e ciò in via peculiare a seguito delle modifiche apportate alla norma, che al co. 2 estende al cessionario la responsabilità per tutti i debiti da lavoro preesistenti, conoscibili o meno al momento del trasferimento, e al co. 5 amplia l'alveo applicativo della fattispecie, a ricomprendere anche i casi di trasferimento di matrice non negoziale, quale, in certi casi, la retrocessione del compendio al termine dell'affitto²⁸.

3 Le soluzioni elaborate dalla dottrina in ordine al momento della retrocessione nel vigore del testo originario della legge fallimentare: sorte dei rapporti pendenti e delle passività assunte dall'affittuario.

Ricostruita la disciplina generale per il fenomeno della circolazione di ritorno dell'azienda al termine del rapporto d'affitto, occorre verificare cosa resti di tale disciplina nel caso di retrocessione al fallimento, nella fattispecie dell'affitto endofallimentare.

Già prima dell'entrata in vigore dell'art. 104-bis, l. fall., che ha preso posizione su alcuni punti dubbi, lasciando ancora all'interprete la soluzione su altri, la dottrina che sosteneva l'ammissibilità dell'affitto dell'azienda del fallito nel corso del fallimento²⁹ si era dovuta interrogare sui nodi problematici relativi al momento del "ritorno" dell'azienda al concedente, ovvero la procedura.

L'attenzione della dottrina, nel vigore del testo originario della legge fallimentare, con riguardo al momento della terminazione del rapporto d'affitto

²⁷ Così F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 312; *Contra*, su quest'ultimo punto G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 252 ss.

²⁸ Così F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 313. Ma già prima delle modifiche all'art. 2112 c.c. per questa soluzione G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 259 ss. *Contra*, nel vigore testo originario, G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 141 ss.

²⁹ Tra gli altri, ovviamente, G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 123 ss.

endofallimentare, si era concentrata su due aspetti di peculiare importanza: quello della sorte dei rapporti pendenti e delle passività assunte dall'affittuario.

Riguardo al primo dei due aspetti- condivisa la tesi per cui l'art. 2558 c.c. si applicherebbe anche al momento della retrocessione dell'azienda al concedente, al termine del rapporto d'affitto³⁰, e ciò indifferentemente per i contratti preesistenti, in cui l'affittuario era subentrato, che per quelli stipulati *ex novo* dallo stesso³¹- si erano elaborate possibili ipotesi su tre livelli.

Quanto al primo, si era sostenuto che, nel caso di terminazione dell'affitto *in pendenza di procedura*, prima dell'alienazione dell'azienda, si sarebbe verificata la successione del fallimento sia nei rapporti contrattuali aziendali nei quali era subentrato l'affittuario, sia in quelli da lui stipulati *ex novo*, purché ancora pendenti³².

Tale "successione del fallimento" veniva intesa come "successione del fallito"³³ - pur sempre titolare del patrimonio "spossessato" - con qualificazione dei debiti derivanti dall'esecuzione del rapporto come prededucibili³⁴.

Sul secondo livello, poi, quello relativo alla terminazione dell'affitto ipotizzata come *successiva all'alienazione dell'azienda*, sul presupposto dell'opponibilità del contratto d'affitto all'acquirente, si ricorreva alla menzionata *ratio* dell'art. 2558 c.c.,

³⁰ Così, A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 432; M. CASANOVA, *Le imprese*, cit., 750; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 311; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 242.

³¹ Per la tesi per la quale *ratio* della norma sarebbe quella di favorire la circolazione del compendio nella sua integrità, evitando il distacco dei beni il cui godimento è assicurato in virtù di un rapporto contrattuale, per cui la successione nei rapporti pendenti- non importa se posti in essere dal titolare dell'azienda o da chi ne gode a diverso titolo- accompagnerà qualunque cessione dell'azienda stessa, G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 122; A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962, 346; M. CASANOVA, *Rivendicazione di azienda nel sistema del codice civile del 1942*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, II, 321 ss.; G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., 59-60; F. SANTORO-PASSERELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, 21 ed., Napoli, 1968, 203 ss.; A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 440-441.

³² Si veda Trib. Milano, 19 dicembre 1974, in *Giur. comm.*, 1976, II, 125 ss.; Tra gli altri, ovviamente, G. E. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 138 ss., DI AMATO, *Trasferimento*, cit., 149 ss. *Contra* però Cass. 29 gennaio 1979, n. 632, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 145, con nota adesiva di JANNARELLI; A. BASSI, *Riflessioni*, cit., 349, che muovendo dal presupposto che la soluzione in oggetto fosse eccessivamente gravosa per il ceto creditorio, aveva ipotizzato l'applicabilità del meccanismo di cui agli artt. 72 ss. l. fall. testo originario; F. CHIOMENTI, *Se l'art. 2558*, cit., 145 ss.

³³ Così G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 123.

³⁴ Sempre, G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 123-124, per il quale "la ragione di questo trattamento preferenziale va ricercata nella circostanza che la successione in esame è ulteriore conseguenza dell'affitto dell'azienda e, quindi, nel nostro caso, di un atto dell'amministrazione fallimentare; per di più i contratti preesistenti alla stipulazione dell'affitto erano già stati assunti a carico della massa, senza di che [...] non avrebbero tollerato una successione dell'affittuario. Certo la successione nei contratti pertinenti all'azienda può rappresentare una conseguenza molto gravosa per la massa; ma tale conseguenza può ben essere evitata o superata attraverso la vendita globale o attraverso un ulteriore affitto."

per fondare il subentro del nuovo titolare nei contratti aziendali pendenti, e ciò indipendentemente dalle sorti del fallimento³⁵.

In ordine al terzo livello, quello riferito alla cessazione dell'affitto *a seguito di chiusura del fallimento*, ipotesi che nel vigore della nuova disciplina sarebbe difficilmente verificabile nella prassi, data la necessaria compatibilità della durata del rapporto con le esigenze della liquidazione e la funzionalizzazione tipica alla futura vendita dell'azienda medesima, si ipotizzava il subentro dell'ormai ex fallito nei contratti pertinenti all'azienda³⁶.

Ma si passi al secondo degli aspetti menzionati: il destino delle passività assunte dall'affittuario in corso di rapporto.

Nel vigore del testo originario della legge fallimentare, si era già arrivati, sia pur non pacificamente³⁷, a escludere la responsabilità del fallimento per i debiti contratti dall'affittuario in corso di rapporto, e ciò, addirittura, anche per i debiti da lavoro, sia pur nel presupposto, come visto non da tutti condiviso anche prima delle modifiche all'art. 2112 c.c.³⁸, della non assunzione di responsabilità da parte del concedente, per i debiti da lavoro contratti dal conduttore, anche nel caso di terminazione del contratto d'affitto al di fuori del fallimento, stipulato dal titolare dell'azienda *in bonis*³⁹.

Orbene, le incertezze create dalla precarietà delle soluzioni esegetiche su aspetti di tal rilievo per l'istituto, lasciate alla discrezionalità dell'interprete in assenza di appigli normativi, erano ben presenti al legislatore della riforma, che ha avvertito l'esigenza di intervenire per regolamentare la fattispecie della circolazione di ritorno dell'azienda nell'affitto endofallimentare, sia pur non con riguardo a tutti i profili effettuali, ma solo sul punto relativo alla sorte dei rapporti pendenti e dei debiti assunti dal conduttore in corso di affitto.

³⁵ Si veda G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 124.

³⁶ Così G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 124-125.

³⁷ Si veda infatti per la tesi contraria per cui con riguardo ai debiti relativi all'azienda affittata in corso di fallimento avrebbe, invece, trovato applicazione il disposto degli artt. 2112, commi 2 e 4, c.c., con conseguente responsabilità del concedente in solido con l'affittuario per i debiti da lavoro sussistenti al termine del rapporto d'affitto App. Bologna, 8 luglio 1959, in *Riv. dir. lav.*, 1961, II, 261, con nota di G. COTTINO.

³⁸ Si veda infatti, per la tesi opposta, convincentemente, G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 259 ss.

³⁹ Così G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 140.

4 *Questioni su cui l'art. 104-bis l. fall. non prende posizione: in merito alla variazione delle consistenze e all'obbligo di non concorrenza.*

Le conseguenze della circolazione di ritorno dell'azienda, alla cessazione del rapporto, verranno esaminate, in primo luogo, con riferimento agli aspetti su cui il legislatore della riforma non è intervenuto, lasciando all'interprete la valutazione della compatibilità della disciplina generale prevista per la retrocessione al termine del rapporto d'affitto al di fuori del fallimento con la specifica struttura e il contesto applicativo "concorsuale" dell'affitto endofallimentare.

Va dunque presa in considerazione la questione di un possibile diritto a un rimborso, vantato dall'affittuario verso la procedura, per i miglioramenti o le variazioni aggiuntive o sostitutive apportate all'azienda, che abbiano determinato un incremento di valore del compendio aziendale, per l'opera dell'affittuario e non solo per contingenze estranee alla sua gestione, e dunque "oggettive".

In questo caso, la procedura si arricchirebbe per l'aumento di valore del compendio, a scapito dell'affittuario, che sull'azienda ha investito, sostenendo spese che abbiano poi comportato vantaggi economici di cui si "appropri" il fallimento.

E tutto ciò nel quadro dell'operazione, come visto, volta, nell'arco temporale del rapporto, a ristabilire l'equilibrio tra potere di gestione e assunzione del *business risk*, tipico dell'impresa *in bonis*, cosicché, con l'affitto, al conduttore compete la qualifica imprenditoriale, e a lui spettano in via esclusiva le scelte di carattere manageriale sull'attività esercitata, a fronte del rischio di impresa unicamente a lui imputabile. In corso di rapporto, dunque, è fisiologico, e anzi a ciò si dovrebbe mirare, nel disegno legislativo come nell'interpretazione dell'istituto, che l'affittuario proceda a investimenti, sostenendo costi e spese, per aumentare la redditività dell'azienda, con l'intento di far propri i profitti derivanti dall'attività.

La cessazione del rapporto d'affitto rompe il cerchio, pone fine alla scissione tra titolarità del compendio e gestione dell'impresa, rialloca il compendio presso la procedura: è possibile che l'affittuario si veda "espropriato" di quel *surplus* valoriale creatosi, connesso alla sua capacità imprenditoriale e ai suoi sforzi, anche in termini

prettamente economici, per l'azienda, in favore della procedura. L'interesse dei creditori può considerarsi protetto sino a tal punto?

In assenza di una specifica previsione per l'affitto nel fallimento, è d'obbligo il riferimento alla disciplina generale: come esposto in precedenza, dovrebbero riconoscersi a credito dell'affittuario i miglioramenti nel complesso aziendale, idonei ad incrementarne la produttività, che non importino mutamento della destinazione economica dell'azienda⁴⁰; va riconosciuta la prevalenza dell'art. 2561, co. 4, c.c. rispetto agli artt. 1592 e 1593 c.c. in materia di contratto d'affitto, relativi ai miglioramenti e alle addizioni, con diritto al rimborso dell'affittuario; è riconosciuta la spettanza all'affittuario di un compenso per l'incremento eventuale dell'avviamento dell'azienda, dalla dottrina maggioritaria⁴¹.

In che termini tale disciplina generale possa trovare applicazione anche nel caso di retrocessione dell'azienda al fallimento, al termine del rapporto d'affitto endofallimentare, è quanto ci si propone di indagare.

Quanto al rimborso o restituzione dei miglioramenti e delle addizioni, sembrerebbe doversi riconoscere un credito all'affittuario nei confronti della procedura, integrandosi altrimenti un arricchimento ingiustificato della massa.

Si potrebbe ritenere, a negare il diritto al rimborso dell'incremento nell'avviamento all'affittuario, che sussista un prevalente interesse del ceto creditorio a non dover rispondere di un debito, la cui quantificazione è assolutamente incerta al momento della stipulazione del contratto, in quanto imprevedibili sono gli esiti della gestione imprenditoriale dell'affittuario, e di difficile determinazione anche *ex post*, al momento della retrocessione, risultando complesso stabilire per quale importo il *surplus* valoriale sia imputabile all'attività dell'affittuario, e per quale invece sia riconducibile a circostanze obiettive non attinenti a investimenti o decisioni gestionali dell'imprenditore titolare del diritto di godimento in corso di rapporto.

Inoltre, a fronte del riconoscimento di un credito certo, peraltro inevitabilmente assistito dalla prededucibilità, nei confronti dell'affittuario, incerta sarebbe la possibilità da parte dei creditori di realizzare il controvalore, insito nell'azienda, in quanto il prezzo

⁴⁰ Si veda Cass., 13 aprile 1977, n. 1388, in *Mass. Giur. it.*, 1977, c. 334 s.

⁴¹ G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 279 ss.; G. AULETTA, voce *Avviamento*, in *Enc. Del dir.*, 639; A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 433 ss.; F. FERRARA, *La teoria giuridica*, cit., 419 s.; G. FERRARI, voce *Azienda*, cit., 739; P. GRECO, *Corso*, cit., 348; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 318 ss.

di vendita potrebbe, in sede di liquidazione, essere inferiore al valore di mercato del compendio, o comunque essere tale da disperdere il *surplus* creato dall'affittuario e rimborsato dalla procedura.

Ma tali argomenti non sembrano poter risultare decisivi⁴², a fronte della struttura dell'operazione, della sua funzionalizzazione proprio alla massimizzazione del realizzo, e dunque all'incremento del valore del compendio aziendale, in sede di vendita in blocco. E' necessario, vista la *ratio* della norma, incentivare la creazione di valore da parte dell'affittuario, e dunque spingerlo a investire nel compendio, piuttosto che frenarlo e rischiare che si arrivi a deprimere il valore dell'azienda.

E, d'altronde, la riallocazione efficiente del rischio di impresa non può che accompagnarsi con il contrappeso dell'attribuzione all'affittuario dei risultati positivi dell'attività, in termini non solo di profitti in corso di gestione, ma anche di incrementi di valore dell'azienda a lui imputabili, a fine rapporto.

Peraltro, il *surplus* creato dall'affittuario a ben vedere inciderà sempre sul prezzo di vendita, che in qualunque caso risulterà superiore rispetto a quello ipotetico che si sarebbe potuto ottenere nel caso di valore inferiore dell'azienda.

Quanto ai problemi di quantificazione del credito, da limitare al solo maggior avviamento dovuto all'attività e alle spese dell'affittuario soccorrerebbero i criteri generali; anche qui, dunque, potrebbe farsi riferimento alla distinzione tra incrementi e decrementi dei singoli componenti dell'azienda e incrementi o decrementi del valore complessivo dell'azienda, con applicazione per i secondi delle norme in materia generale di affitto (l'art. 1592 c.c., in luogo dell'art. 2561 co. 4 c.c.). L'indennità dovuta all'affittuario si determinerà dunque nei limiti della minor somma tra aumento di valore dell'azienda e spese (di pubblicità, per indagini di mercato ecc.) sostenute per tale incremento e non confluite nella determinazione del valore di singoli componenti⁴³.

Ciò posto, tutti i crediti riconosciuti sopra all'affittuario avranno natura prededucibile, in quanto sorti in funzione o occasione della procedura. Visto lo stato di incertezza nel panorama interpretativo su tali punti, sembra comunque condivisibile l'invito di attenta dottrina a considerare l'introduzione di apposita clausola contrattuale

⁴² Ritiene applicabile sul punto la disciplina generale sull'affitto d'azienda in assenza di espressa deroga da parte dell'art. 104-bis l. fall. F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 427.

⁴³ Così G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 282 ss.

che sancisca l'esclusione di ogni sorta di rimborso attinente a miglorie o sostituzioni, o, ancora, che determini modalità e criteri da seguire per la quantificazione di tali ristori⁴⁴.

Ad esempio, come visto, si è proposto l'inserimento nel contratto di apposita clausola che preveda l'acquisto in proprietà all'affittuario dei propri apporti all'azienda che altrimenti rimarrebbero acquisiti dal fallimento, salvo il diritto alla differenza tra consistenze di inventario per il conduttore, e la facoltà di asportarli, purché separabili⁴⁵.

Altra questione problematica non disciplinata dall'art. 104-bis, co. 6, in riferimento alla retrocessione dell'azienda al fallimento, riguarda il sorgere di un obbligo di non concorrenza in capo all'affittuario. Già per l'impresa *in bonis*, la soluzione è discussa; all'orientamento che ritiene che, a seguito del ritorno dell'azienda all'affittante, non si applichi il disposto dell'art. 2557 c.c. all'affittuario, per la natura eccezionale della norma⁴⁶, o perché l'obbligo di esercitare l'impresa sotto la ditta del concedente da parte dell'affittuario rappresenti garanzia sufficiente per il primo⁴⁷, o ancora per la natura non negoziale del trasferimento⁴⁸, o per il silenzio del legislatore sul punto⁴⁹, si contrappone, invece, l'opinione per cui anche in questo caso sorgerebbe un divieto di concorrenza per il cedente, che nella fattispecie di ritorno sarebbe l'affittuario⁵⁰.

Ciò in quanto lo sviamento della clientela, che il divieto di concorrenza è volto ad evitare, potrebbe verificarsi anche per lo sfruttamento delle conoscenze acquisite nel corso dell'affitto, in termini di organizzazione e clientela, da parte dell'affittuario, e non solo in forza di personale attrazione- sicuramente attenuata per l'uso della ditta del concedente⁵¹. E ancora valorizzando la norma di cui all'art. 2557 c.c. in un'ottica funzionale, in ragione del risultato pratico che tende a realizzare, per superare le

⁴⁴ Così M. SANDULLI, sub *art. 104-bis*, cit., 617; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1393; B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 719.

⁴⁵ Si veda B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 715; F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1632; ID., *L'affitto*, cit., 450; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 542 e 543; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1377.

⁴⁶ App. Firenze, 3 aprile 1965, in *Riv. dir. ind.*, 1966, II, 361.

⁴⁷ Così G. COTTINO, *Diritto*, cit., 207; A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 444; P. GRECO, *Corso*, cit., 351, che nega vi sia ragione per l'applicazione analogica del disposto di cui all'art. 2557 c.c. Si veda anche in questo senso D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 35.

⁴⁸ Sempre A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 443 s.

⁴⁹ Così G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., 50.

⁵⁰ Così G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 212-213; G. FERRARI, voce *Azienda*, cit., 711; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., 789; di recente anche F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 330.

⁵¹ Così G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 212.

argomentazioni in punto di natura giuridica o fondate sul potenzialmente equivoco *ubi voluit*⁵².

Tale ultimo orientamento andrebbe mantenuto fermo anche per la circolazione di ritorno dell'azienda al termine dell'affitto endofallimentare: il fatto che sia possibile che gli organi della procedura decidano di non proseguire con l'attività di impresa non fa venir meno le potenzialità pregiudizievoli dell'esercizio di un'impresa concorrente da parte dell'affittuario, e ciò, in particolare, con riguardo alla prospettiva della futura vendita del compendio aziendale da parte del fallimento.

Viste le incertezze sul punto, comunque, anche qui si è suggerito di regolare in via pattizia la fattispecie introducendo un divieto di concorrenza per l'affittuario, al termine del rapporto, come clausola del contratto d'affitto endofallimentare⁵³.

5 La responsabilità per i debiti sorti nel corso dell'esercizio dell'impresa da parte dell'affittuario. Il rilievo sistematico dell'esclusione della responsabilità della procedura. L'affitto endofallimentare come strumento di riallocazione del rischio d'impresa.

La regolamentazione espressa del momento terminale della retrocessione dell'azienda dall'affittuario al fallimento, di cui all'art. 104-bis, co. 6, l. fall., trova ragion d'essere, come visto, nella funzionalizzazione dell'affitto endofallimentare alla riallocazione del rischio di impresa dai creditori all'affittuario, imprenditore *in bonis*. Lo strumento consente una prosecuzione dell'attività di impresa del fallito, senza che ciò comporti, come, invece, avviene generalmente nel caso di continuazione dell'impresa in stato di insolvenza, l'accollo del rischio ai creditori, privi di adeguati poteri di gestione e *controllo* sull'impresa.

⁵² Dunque, G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 212, nt. 146, conclude nel senso dell'applicazione analogica, al caso di specie, dell'art. 2557 co. 1 c.c., mentre il co. 4 della medesima disposizione avrebbe solo la funzione di chiarire che il trapasso dell'azienda cui si ricollega non deve necessariamente essere "un trapasso in piena titolarità".

⁵³ Così, A. PACIELLO, sub *art. 104-bis*, cit., 944.

Per assicurare tale esito, però, è necessario un intervento che abbracci l'intero arco temporale del rapporto d'affitto, comprensivo del momento finale, del "ritorno" dell'azienda al fallimento.

Occorre, infatti, evitare che il *business risk*, limitato per il tempo del contratto in via esclusiva al soggetto imprenditore, cioè il conduttore, venga, sul finale, riversato sui creditori, vanificando l'effetto benefico dell'affitto endofallimentare di riequilibrio del rapporto gestione/alea d'impresa in corso di rapporto.

Una lacuna ordinamentale sul punto della "circolazione di ritorno" dell'azienda avrebbe potuto comportare un coinvolgimento dei creditori nel *business risk* dell'affittuario: l'art. 104-bis, co. 6, l. fall., ha in tal senso la valenza di schermo, filtro legislativo al possibile defluire, con l'azienda, degli esiti negativi della gestione dell'affittuario, sul ceto creditorio, fino ad allora immune da tali effetti (se non quelli di una diminuzione di valore del compendio, connessa alla gestione infruttuosa dell'affittuario).

E ciò in particolare con riguardo al regime di responsabilità per le passività assunte dall'affittuario: il legislatore interviene a chiarire che i debiti contratti dall'affittuario nel corso dell'esercizio dovranno permanere in capo allo stesso; nessuna responsabilità dovrà sorgere, in capo ai creditori, a seguito della retrocessione dell'azienda al termine del rapporto d'affitto, per la situazione debitoria dell'affittuario.

La portata della norma va oltre la mera tutela dei creditori concorsuali da una cattiva gestione dell'azienda da parte dell'affittuario, oltre la sterilizzazione del pericolo di condotte irresponsabili del conduttore, obiettivo indicato nella stessa Relazione ministeriale al d.lgs. n. 5 del 2006⁵⁴, e richiamato dalla dottrina unanime⁵⁵; ché, d'altronde, il rischio di una gestione infruttuosa dell'azienda da parte dell'affittuario, com'è ovvio non in termini di *business risk*, ma di diverso pericolo di depressione del valore del compendio, continua a gravare, sia pur in forma edulcorata, sul ceto creditorio. Di più: è la chiusura del cerchio, la conferma della funzione di riallocazione

⁵⁴ Si veda *Relazione Illustrativa al d.lgs. n. 5 del 2006*, 526.

⁵⁵ Così L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1389. B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, 719; F. MARTORANO, *La circolazione*, cit., 5; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 547 e 548 per il quale la previsione in parola assolve al compito di evitare che una gestione non certo prudente del conduttore, che sicuramente avrebbe un impatto negativo sulla futura cessione del compendio aziendale, possa pregiudicare ulteriormente le ragioni dei creditori; si vedano anche F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 440 e 441; P.F. CENSONI, *Custodia*, cit., 97; L. PANZANI, *Affitto*, cit., 925; F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 460, M. SANDULLI, sub *art. 104-bis*, cit., 617; D. BENZI, *L'affitto*, cit., 1190.

del rischio di impresa dai creditori all'affittuario, imprenditore *in bonis*, dell'affitto endofallimentare.

Per questo, dunque, il legislatore avverte l'esigenza di esplicitare la non applicabilità dell'art. 2560 c.c. nella fattispecie in esame, che già, a ben vedere, deriverebbe dalla disciplina generale, visto che la norma in parola non richiama l'affitto d'azienda, a differenza di quanto, al contrario, fanno gli artt. 2557 e 2558 c.c.⁵⁶. La disciplina generale dell'affitto d'azienda, per il fronte dei debiti assunti dal conduttore, al momento della cessazione del rapporto, sembrerebbe, dunque, adottare una regola analoga a quella prevista per la responsabilità per le passività del concedente al momento dell'affitto: come queste rimangono in capo al concedente, così sarà inapplicabile il disposto dell'art. 2560 c.c. per il momento della retrocessione dell'azienda. Dunque, il concedente non dovrà rispondere, già per disciplina generale, per le obbligazioni assunte dall'affittuario nel corso della sua gestione⁵⁷. I terzi creditori, consapevoli della transitorietà del rapporto d'affitto, non avrebbero potuto contare, già al momento dell'erogazione del finanziamento, sulla titolarità dell'azienda da parte dell'affittuario, o comunque sull'eventuale responsabilità solidale del concedente⁵⁸.

Tali considerazioni consentono di ritenere la norma di cui all'art. 104, co. 6, l. fall. come non del tutto superflua, come pure è stato fatto⁵⁹, potendo rinvenirsi una qualche, sia pur flebile, utilità, al fine di fugare ogni dubbio circa l'inapplicabilità della regola della responsabilità solidale tra cedente e cessionario per le passività pregresse risultanti dalle scritture, non soltanto nel momento della concessione in godimento dell'azienda, ma anche nel momento, che possa avere anche matrice non negoziale, della sua circolazione di ritorno, come visto non espressamente disciplinato dal legislatore.

E d'altronde, già nel vigore del testo originario della legge fallimentare, come ricordato in precedenza, si era arrivati, a escludere la responsabilità del fallimento per i

⁵⁶ Così F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 312; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 252 ss.; G. TEDESCHI, *Le disposizioni generali*, cit., 63.

⁵⁷ Così F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 312; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 252 ss.; G. TEDESCHI, *Le disposizioni generali*, cit., 63.

⁵⁸ Così F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 312.

⁵⁹ Esplicito in tal senso F. MARTORANO, *La circolazione*, cit., 5; ma si vedano anche F. LICONTI, *L'affitto*, cit., 440 e 441; P.F. CENSONI, *Custodia*, cit., 97; L. PANZANI, *Affitto*, cit., 925; F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 453; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1389. A. MAFFEI ALBERTI, sub *art. 104-bis*, 719

debiti contratti dall'affittuario in corso di rapporto⁶⁰. Così come, nell'ordinamento tedesco, pur in mancanza di una disposizione esplicita, nel caso dell'*Unternehmenspacht* del debitore insolvente, la retrocessione dell'azienda non comporterà alcuna responsabilità della massa per le obbligazioni contratte dal *Pächter*, non venendo in rilievo il § 55 InsO, che al contrario si applica per le obbligazioni assunte dall'*Insolvenzverwalter* nella gestione dell'impresa del debitore insolvente nel corso della *vorläufige Fortführung*.

Il rilievo dell'art. 104- *bis*, co. 6, l. fall. si riduce così a quello di norma di interpretazione autentica. Ma è nella sua forza simbolica che la disposizione ritrova senso e coerenza: conferma dell'assunzione, da parte dell'affitto endofallimentare, di una funzione redistributiva del rischio di impresa dai creditori all'affittuario, garantita anche nel momento finale del rapporto d'affitto.

5.1 L'espressa esclusione della responsabilità per i debiti da "retribuzione".

Portata derogatoria di enorme rilievo, rispetto alla disciplina generale dell'affitto d'azienda, ha, invece, la disposizione di cui all'art. 104-*bis*, co. 6, l. fall. nella parte in cui esonera la procedura dalla responsabilità solidale *ex art.* 2112 c.c. per i debiti da lavoro dipendente.

Si è visto, infatti, come, al di fuori del contesto fallimentare, trovi applicazione, anche per il caso della circolazione "di ritorno" dell'azienda all'affittante, l'art. 2112 c.c.⁶¹, e ciò in particolare a seguito delle modifiche apportate alla norma in parola⁶², che,

⁶⁰ Si veda G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 141, anche per i debiti da lavoro; specificamente per tali debiti G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 295.

⁶¹ L'affittante per regola generale rimarrebbe responsabile dei debiti da lavoro contratti dal conduttore, a condizione che venga proseguita l'attività di impresa e non venga mutata l'organizzazione aziendale per Cass. 7 luglio 1992, n. 8252, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 589, con nota di ANGELINI; Cass. 19 agosto 1991, n. 8907, in *Arch. civ.*, 1992, 696.

⁶² Mentre invece, prima delle modifiche apportate alla disposizione di cui all'art. 2112 c.c. sotto la spinta del legislatore comunitario, si escludeva la responsabilità della procedura anche per i debiti da lavoro dell'affittuario, sia pur nel presupposto, come visto non da tutti condiviso anche nel vigore del testo pre-riforma della norma lavoristica (e si veda infatti per la tesi contraria per cui con riguardo ai debiti relativi all'azienda affittata in corso di fallimento avrebbe, invece, trovato applicazione il disposto degli artt. 2112, commi 2 e 4, c.c., con conseguente responsabilità del concedente in solido con l'affittuario per i debiti da lavoro sussistenti al termine del rapporto d'affitto App. Bologna, 8 luglio 1959,

al co. 2, estende al cessionario la responsabilità per tutti i debiti da lavoro preesistenti, conoscibili o meno al momento del trasferimento, e, al co. 5, amplia l'ambito di applicazione della fattispecie, a ricomprendere anche i casi di trasferimento, anche di matrice non negoziale, quale la retrocessione del compendio al termine dell'affitto⁶³.

Peraltro, parte della dottrina⁶⁴ ha ritenuto che la deroga all'art. 2112 c.c. da parte della disposizione di cui all'art. 104-bis, co. 6, l. fall., risulti veramente innovativa solo se rapportata alle aziende occupanti meno di quindici dipendenti, non presentanti cioè i requisiti occupazionali per l'applicazione del disposto di cui all'art. 47, co. 5, l. n. 428 /1990. Per le aziende c.d. socialmente rilevanti, invece, la non applicabilità della regola della responsabilità della procedura per i debiti maturati in costanza d'affitto sarebbe già sancita proprio dalla norma da ultimo menzionata.

Questa⁶⁵, com'è noto, prescrive, per i trasferimenti- nozione che va intesa "lavoristicamente" in senso lato, come comprensiva di qualunque vicenda circolatoria, e dunque anche dell'affitto d'azienda, o della retrocessione al termine del rapporto d'affitto- d'azienda che occupino più di quindici dipendenti, un obbligo di comunicazione alle organizzazioni sindacali, prodromico all'eventuale avvio di una procedura di consultazione, che possa servire a individuare soluzioni concordate per la gestione dell'operazione riguardo ai rapporti di lavoro subordinato.

Nel caso in cui venga raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale dell'occupazione, si prevede la possibilità di deroga alle disposizioni di cui all'articolo 2112 c.c. per le imprese a) delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'art. 2, quinto comma, lett. c, legge 12 agosto 1977, n. 675; b) per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria.

Per il punto di nostro interesse, il quinto comma della norma in parola prevede che in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività per le imprese per le quali sia intervenuta una dichiarazione di fallimento, l'apertura di una procedura di

in *Riv. dir. lav.*, 1961, II, 261, con nota di G. COTTINO), della non assunzione di responsabilità da parte del concedente, per i debiti da lavoro contratti dal conduttore.

⁶³ Così F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 313. Ma già prima delle modifiche all'art. 2112 c.c. per questa soluzione G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 259 ss. *Contra*, nel vigore testo originario, G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 141 ss.

⁶⁴ Così A. SCARANO, *La sorte*, cit., 1206 ss.

⁶⁵ Per un esame della disciplina, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Crisi dell'impresa*, cit., 237 ss; L. FOGLIA, *Accordo sindacale*, cit., 183 ss; A. PIZZOFERRATO, *La disciplina lavoristica*, cit., 251 ss; P. LAMBERTUCCI, *Il trasferimento*, cit., 114 ss; L. D'ARCANGELO, *Trasferimento*, cit., 169 ss; G. ORLANDINI, *Il trasferimento*, cit., 593 ss; F. NOTARO, *Trasferimento*, cit., 179 ss.

concordato preventivo “traslativo”, l’emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa oppure la sottoposizione all’amministrazione straordinaria, se la continuazione dell’attività non sia stata disposta o sia cessata, non trovi applicazione l’art. 2112 c.c., qualora sia stato raggiunto un accordo sindacale finalizzato alla salvaguardia dell’occupazione. Tale accordo può contemplare, introducendo disposizioni di miglior favore per i lavoratori, l’attribuzione di parte dei diritti dalla disciplina generale negati⁶⁶.

Orbene, la deroga alla disciplina dell’art. 2112 c.c., relativa alla responsabilità solidale del cessionario per i debiti da lavoro del cedente, deriverebbe già, per le aziende socialmente rilevanti, dall’operare della disposizione menzionata, di cui all’art. 47, co. 5, l. n. 428/1990, mentre l’effettiva portata derogatoria dell’art. 104-bis, co. 6, si riscontrerebbe per le aziende occupanti meno di quindici lavoratori.

Ciò sul presupposto che l’efficacia della disposizione di cui all’art. 47, co. 5, l. n. 428 /1990, si estenda anche alla fattispecie della circolazione “di ritorno” del complesso produttivo, all’originario concedente, a seguito di cessazione del rapporto d’affitto endofallimentare. Tale conclusione potrebbe sostenersi solo a voler ritenere che la deroga al disposto di cui all’art. 2112 c.c. trovi applicazione a prescindere dalla fase di consultazione o informazione sindacale prevista dalla norma di cui all’art. 47 in esame. La *ratio* della disposizione, e della prevista consultazione sindacale, andrebbe rinvenuta, infatti, nell’obiettivo di agevolare la collocazione sul mercato di compendi aziendali di dimensioni medio-grandi, per garantire, a fronte del rischio di perdita totale dei posti di lavoro, un sia pur parziale mantenimento dei livelli occupazionali⁶⁷.

Secondo altra opinione, invece, forse preferibile, la giustificazione della deroga all’art. 2112 c.c. per le aziende “socialmente rilevanti” andrebbe rinvenuta proprio nel raggiungimento di un accordo sul mantenimento anche non integrale dei rapporti di

⁶⁶ Di interesse sul punto M. MARINELLI, *Il perdurante contrasto*, cit., 827. L’autore ha fatto notare come dalla disapplicazione della tutela generale di cui all’art. 2112 potrebbero discendere pregiudizi non indifferenti in relazione alla protezione del singolo rapporto di lavoro. In particolare, poiché il trasferimento dal cedente al cessionario avviene con stipula di un nuovo contratto verrebbe meno la possibilità di far valere l’anzianità maturata per il rapporto pregresso, si potrebbero concordare variazioni rispetto alle mansioni cui il lavoratore risultava precedentemente adibito, anche in senso peggiorativo, così come potrebbero essere previste riduzioni nella retribuzione. Inoltre verrebbe a mancare la responsabilità solidale tra cedente e cessionario per i crediti maturati nel precedente rapporto di lavoro, di cui finirebbe per rispondere il solo cedente.

⁶⁷ Si veda A. CAIAFA, *i rapporti*, cit., 91 e 92.

lavoro⁶⁸, non conseguibile, nella pratica, nel caso di retrocessione dell'azienda al fallimento⁶⁹, allorché non si continui l'impresa, tramite disposizione dell'esercizio provvisorio o tramite un nuovo affitto. Dunque un'interpretazione "di sistema" della norma in parola dovrebbe condurre a sostenere l'inefficacia della deroga alla responsabilità solidale del cessionario per i debiti da lavoro del cedente, quando non sia possibile dar corso a una conservazione sia pur parziale dei posti di lavoro⁷⁰. Verrebbe infatti meno la ragione giuridica della deroga, per cui il curatore si troverebbe costretto a ricorrere al trattamento di integrazione salariale straordinario per il personale dipendente, a seguito, o in alternativa, al licenziamento.

Ma al di là di tali considerazioni, si è sostenuto, da parte della dottrina, che il citato art. 2112 c.c. non debba comunque trovare applicazione in ambito concorsuale⁷¹, pena la creazione in capo al fallimento di una "responsabilità senza debito"⁷², inevitabilmente in contrasto con i principi del concorso e della cristallizzazione del ceto creditorio di cui all'art. 52 l. fall.⁷³ (per cui i crediti ammessi al passivo della procedura, partecipanti alla ripartizione dell'attivo sono esclusivamente quelli antecedenti alla dichiarazione di fallimento, e non anche quelli sorti successivamente come conseguenza di un atto di terzi, e, per il caso di nostro interesse dell'affittuario⁷⁴).

6 La sorte dei rapporti contrattuali pendenti al momento della retrocessione dell'azienda. Applicabilità degli artt. 72 ss. l. fall. anche ai contratti su cui il curatore si era già pronunciato prima dell'affitto o solo a quelli instaurati ex novo dall'affittuario.

⁶⁸ Si veda L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1390; F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1643.

⁶⁹ Si veda L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1390; F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1643.

⁷⁰ Si veda L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1390; F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1643. Per D. BENZI, *L'affitto*, cit., 1190 e 1191, il disposto dell'art. 47, co. 5, l. n. 428/1990, non opererà nel caso di specie, in quanto la norma andrebbe applicata soltanto all'ipotesi in cui l'azienda sia retrocessa dal conduttore all'esecuzione collettiva, nel caso di fallimento dell'imprenditore che abbia affittato l'azienda mentre si trovava ancora *in bonis*.

⁷¹ Così L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1390.

⁷² Così L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1390.

⁷³ Si veda A. COPPOLA, sub *art. 52*, in *La riforma della legge fallimentare*, I, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, Torino, 2006, 327 ss.; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1390.

⁷⁴ Così L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1390.

La riallocazione del rischio di impresa dai creditori all'affittuario, per il tempo del rapporto d'affitto è perseguita anche tramite la regolamentazione degli effetti della terminazione del contratto tra affittuario e fallimento: in questa sede ci si occuperà della sorte dei rapporti pendenti al momento del "ritorno" dell'azienda all'affittuario.

La disciplina della fattispecie, sia pur per certi versi oscura e suscettibile di differenti interpretazioni, sembra orientata a consentire l'effetto redistributivo del *business risk*, a fronte della parallela migrazione del potere gestorio sull'affittuario; ché tale effetto potrebbe venir frustrato se gli esiti eventualmente negativi dell'attività d'impresa dell'affittuario potessero venir riversati, pregiudizievole, al momento della cessazione del rapporto d'affitto, sulla massa.

Ciò si è già visto per la responsabilità per i debiti assunti dall'affittuario in corso di rapporto, e si ripete riguardo alla situazione dei rapporti pendenti. Un indiscriminato subentro della curatela nei rapporti contrattuali pendenti al momento della cessazione dell'affitto potrebbe coinvolgere il fallimento nella fase "transitoria" di gestione dell'impresa dell'affittuario, frustrando, proprio sul finale, il ripristino del rapporto equilibrato gestione-rischio sull'impresa che il contratto d'affitto mirava a realizzare. E d'altronde la continuazione di un contratto "indesiderato" da parte della procedura potrebbe comportare oneri e costi a carico della massa, con la possibilità che nel tempo necessario alla valutazione della possibilità di un recesso della curatela (ipotizzando un meccanismo simile a quello dell'art. 2558 c.c., come visto ritenuto applicabile alla retrocessione dell'azienda nel caso di concedente *in bonis*⁷⁵) la controparte contrattuale esegua la propria prestazione, acquistando, verso il fallimento, un credito prededucibile.

Dunque, gli effetti delle scelte strategiche e manageriali dell'affittuario avrebbero avuto strascichi sulla procedura, vanificando l'obiettivo di riequilibrio, ancora una volta a sfavore dei creditori, nella connessione tra gestione dell'impresa, attribuita coerentemente in via esclusiva all'affittuario, in corso di rapporto, e relativo rischio, che si riverserebbe, sia pur nel momento terminale, e sia pur limitatamente agli oneri derivanti dalla vincolatività anche per la procedura dei rapporti contrattuali funzionali all'impresa dell'affittuario, di nuovo sui creditori.

⁷⁵ Così, A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 432; M. CASANOVA, *Le imprese*, cit., 750; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 311; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 242; A. DI AMATO, *Trasferimento non negoziale dell'azienda e successione nei contratti*, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 1493 ss.; Cass. 7 novembre 2003, n. 16724, in *Guida al diritto*, 2003, n. 47, 36; Cass. 23 settembre 2015, n. 18805, in *Giur. it.*, 10, 2015, 2034.

Non solo: la regolamentazione degli effetti, sul piano dei rapporti contrattuali pendenti, della retrocessione dell'azienda al fallimento, al termine dell'affitto, consente anche il perseguimento dell'obiettivo di massimizzazione del profitto in sede di liquidazione, compendiato nella tensione del contratto d'affitto "alla più proficua vendita", come funzione tipica individuata dal legislatore.

Basti pensare all'importanza che, anche come entità economica in sé, certi contratti presentano per l'impresa; al loro valore economico; alla loro configurazione come componente non secondaria nelle operazioni di cessione "aggregate", non solo con riguardo all'azienda nella sua interezza, ma, anche, eventualmente, a specifici rami, o ancora ad attività o passività "in blocco", del patrimonio da liquidarsi⁷⁶.

E, d'altronde, è possibile che i contratti d'impresa, instaurati dall'affittuario o in cui questi sia subentrato alla stipulazione del contratto d'affitto, condizionino la prosecuzione dell'attività al momento della retrocessione dell'azienda; in ciò, dunque, la sorte dei rapporti pendenti potrebbe incidere sulle scelte "liquidatorie" degli organi della procedura, che potrebbero trovarsi condizionati in ordine alla decisione di disporre l'esercizio provvisorio a seguito della scadenza dell'affitto, o di programmare un nuovo affitto in attesa della vendita del compendio⁷⁷.

Il legislatore della riforma sembrerebbe aver tenuto ben in conto tali istanze, scegliendo di rinviare per la disciplina relativa alla sorte dei rapporti pendenti al momento della cessazione dell'affitto endofallimentare, alle norme relative al destino dei contratti, di cui sia parte il fallito, non ancora interamente eseguiti al momento della dichiarazione di fallimento, ovvero al complesso degli artt. 72 ss. l. fall. Com'è noto, il complesso di norme in questione sembra rispondere ad esigenze di composizione tra interessi privati, coinvolti dalla procedura, e interessi "ultraindividuali", di cui il fallimento sia portatore. In tale materia, l'ordinamento si trova di fronte al conflitto tra tutela dell'autonomia privata, alla stregua del principio cardine della vincolatività dei contratti, *pacta sunt servanda*, e tutela degli interessi creditori, "stella polare" della procedura.

⁷⁶ Per analoghe considerazioni, in ordine alla *ratio* della disciplina sottesa agli artt. 72 e ss. l. fall. D. VATTERMOLI, sub artt. 72-83-bis, *Introduzione*, in *La riforma della legge fallimentare*, I, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, Torino, 2006, 409 ss.

⁷⁷ Sempre in ordine alla *ratio* della disciplina sottesa agli artt. 72 e ss. l. fall. D. VATTERMOLI, sub artt. 72-83-bis, cit., 410.

Il bilanciamento è sicuramente a favore del fallimento, con l'adozione della soluzione più conveniente per la procedura, sia sotto il profilo organizzativo, sia sotto quello economico: a eliminazione del rischio della continuazione di contratti "sgraditi", con costi per il recesso e possibile esposizione a un debito di massa, a seguito di esecuzione della prestazione di controparte, nel caso si fosse optato per un indiscriminato subentro automatico, o del venir meno di contratti "voluti", funzionali ad esempio alla prosecuzione dell'impresa da parte degli organi della procedura, nel caso si fosse optato per lo scioglimento automatico⁷⁸.

Le norme distinguono tra contratti che proseguono *ex lege*, contratti che si sciolgono con la dichiarazione di fallimento, e contratti che entrano in stato di sospensione. Proprio quest'ultimo effetto è assunto a regola generale in assenza di un'esplicita previsione, con la riforma, cosicché verrà rimessa al curatore la scelta tra subentro o scioglimento, sulla base di ragioni di convenienza per i creditori⁷⁹.

Si è sostenuta, peraltro, per consentire al curatore di prepararsi per tempo alla scelta tra subentro o scioglimento, l'ammissibilità di una clausola del contratto d'affitto che obblighi l'affittuario a comunicare tempestivamente al curatore l'avvenuta stipulazione di nuovi contratti⁸⁰. Dubbi di liceità sorgono invece in relazione a clausole che vietino all'affittuario l'instaurazione *ex novo* di determinati rapporti⁸¹, e ciò in quanto con la concessione in godimento dell'azienda dovrà essere trasferita la gestione in via esclusiva dell'impresa all'affittuario, in modo da ripristinare il corretto rapporto tra potere gestorio e rischio di impresa tipico dell'attività *in bonis*.

Ma a ben vedere il rinvio alla disciplina dei contratti pendenti al momento della dichiarazione di fallimento non implica la possibilità di una trasposizione integrale della relativa regolamentazione, ma induce a ritenere che, nel momento della regressione dell'azienda dall'affittuario al fallimento, le norme assumano un significato in parte diverso, imponendo un ripensamento complessivo.

Differente è infatti il contesto in cui le norme vanno a incidere: nell'alveo applicativo originario, la disciplina incide sui rapporti pendenti al momento della *dichiarazione di fallimento*, a regolare il transito o meno del contratto tra un soggetto

⁷⁸ Si veda D. VATTERMOLI, sub *art. 72*, cit., 417 ss.

⁷⁹ Si veda D. VATTERMOLI, sub *art. 72*, cit., 417 ss.

⁸⁰ Così, D. COLOMBINI, *L'affitto*, cit., 566.

⁸¹ Così, D. COLOMBINI, *L'affitto*, cit., 566.

fallito e la curatela del *suo* fallimento; trasposte nella fase della retrocessione del compendio al termine dell'affitto endofallimentare, le norme risultano invece deputate a regolare il possibile transito della posizione contrattuale da un imprenditore *in bonis*, l'affittuario, a una procedura fallimentare, con tutte le conseguenze in termini di diminuzione delle aspettative sull'adempimento del contratto e sul pagamento dell'eventuale corrispettivo per la prestazione di controparte che ne derivano.

In realtà, nel primo caso non si sarebbe in presenza di un vero e proprio fenomeno successorio, ma di una sostituzione del fallito nella gestione di rapporti che continuano a fare lui capo; nel secondo caso, invece, gli artt. 72 ss. andrebbero a regolare una vicenda circolatoria, che implica una modificazione soggettiva del rapporto *ex uno latere*: all'imprenditore *in bonis*, l'affittuario, si potrebbe sostituire come parte contrattuale nel rapporto in corso di esecuzione un soggetto diverso, il fallimento⁸².

Nel caso dell'intervento della dichiarazione di fallimento, l'eventuale subentro della Curatela nei rapporti in corso di esecuzione facenti capo al fallito non comporterebbe alcuna variazione in ordine al complesso patrimoniale di appartenenza del rapporto; il contratto rientrava nel "patrimonio" del fallito, e in tale patrimonio permane, anche nel caso di subentro della Curatela. Nel caso invece della retrocessione dell'azienda al momento dell'affitto il rapporto pendente potrebbe trasferirsi da un patrimonio ad un altro; di più, da un patrimonio capiente e solvibile a un patrimonio tendenzialmente incapiente rispetto alla massa passiva⁸³.

Tale differenza strutturale non può che avere ripercussioni in punto di disciplina, come vedremo.

Ma, in primo luogo, va indagato in che modo il richiamo degli artt. 72 ss. incida sulla sorte dei rapporti in corso di esecuzione al momento della terminazione dell'affitto endofallimentare.

Come visto, prima della riforma del 2006, la dottrina si era interrogata sul punto e - condivisa la tesi per cui, riguardo alla disciplina dell'affitto in generale, l'art. 2558 c.c. si applicherebbe anche al momento della retrocessione dell'azienda al concedente, al termine del rapporto d'affitto⁸⁴, e ciò indifferentemente sia per i contratti preesistenti,

⁸² Così, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 366; L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1393.

⁸³ Così, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 366.

⁸⁴ Così, A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 432; M. CASANOVA, *Le imprese*, cit., 750; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 311; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 242.

in cui l'affittuario era subentrato, che per quelli stipulati *ex novo* dallo stesso⁸⁵, si era sostenuto che, nel caso di terminazione dell'affitto *in pendenza di procedura*, prima dell'alienazione dell'azienda, si sarebbe verificata la successione del fallimento sia nei rapporti contrattuali aziendali nei quali era subentrato l'affittuario, sia in quelli da lui stipulati *ex novo*, purché ancora pendenti.

Dunque, si era ipotizzato un indiscriminato subentro automatico della procedura in tutti i rapporti pendenti. E ciò d'altronde interpretando l'art. 2558 c.c. come norma applicabile a qualunque fenomeno di trasferimento d'azienda, come quello della retrocessione dell'azienda al termine dell'affitto, anche nel caso in cui presenti matrice non negoziale⁸⁶, e non ravvisando esigenze particolari che potessero giustificare una soluzione differente per il caso di contratto endofallimentare⁸⁷.

La soluzione non ha però convinto il legislatore della riforma, che è intervenuto in senso modificativo rispetto alla soluzione prospettata⁸⁸, attingendo al quadro delle norme in materia di rapporti pendenti in capo al fallito al momento della dichiarazione di fallimento.

Dunque, alla cessazione del rapporto endofallimentare si prospettano tre soluzioni, derivanti dall'applicazione delle norme di cui agli artt. 72 e ss. l. fall. Devono

⁸⁵ Per la tesi per la quale *ratio* della norma sarebbe quella di favorire la circolazione del compendio nella sua integrità, evitando il distacco dei beni il cui godimento è assicurato in virtù di un rapporto contrattuale, per cui la successione nei rapporti pendenti- non importa se posti in essere dal titolare dell'azienda o da chi ne gode a diverso titolo- accompagnerà qualunque cessione dell'azienda stessa, G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 122; A. DALMARTELLO, *I contratti*, cit., 346; M. CASANOVA, *Rivendicazione di azienda nel sistema del codice civile del 1942*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, II, 321 ss.; G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., 59-60; F. SANTORO-PASSERELLI, *Nozioni*, cit., 203 ss.; A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 440-441.

⁸⁶ Ma si veda l'orientamento giurisprudenziale che ritiene che l'art. 2558 c.c. si applichi solo là dove la retrocessione dell'azienda al concedente avvenga in conseguenza di un fatto negoziale, come, secondo tale orientamento, la scadenza del termine finale, o l'operare di una clausola risolutiva espressa, o l'avveramento di una condizione risolutiva; al contrario, non si avrebbe subentro nei contratti dell'affittuario da parte del concedente là dove la retrocessione sia conseguenza di fatti non negoziali, come la risoluzione del contratto in sede giudiziale per inadempimento dell'affittuario, così, Cass. 29 gennaio 1979, n. 632, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 145, con nota di JANNARELLI; Cass. 7 novembre 2003, n. 16724, cit.; Cass. 23 settembre 2015, n. 18805, cit.; Cass. Civ., 16 giugno 2004, n. 11318, cit.

⁸⁷ Si veda Trib. Milano, 19 dicembre 1974, in *Giur. comm.*, 1976, II, 125 ss.; Tra gli altri, ovviamente, G. E. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 138 ss., DI AMATO, *Trasferimento*, cit., 149 ss. *Contra* però Cass. 29 gennaio 1979, n. 632, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 145, con nota di JANNARELLI; A. BASSI, *Riflessioni*, cit., 349, che muovendo dal presupposto che la soluzione in oggetto fosse eccessivamente gravosa per il ceto creditorio, aveva ipotizzato l'applicabilità del meccanismo di cui agli artt. 72 ss. l. fall. testo originario; F. CHIOMENTI, *Se l'art. 2558*, cit., 145 ss.

⁸⁸ Accogliendo a ben vedere i suggerimenti di parte minoritaria della dottrina nel vigore del testo previgente, cfr. A. BASSI, *Riflessioni*, cit., 349

cioè distinguersi: a) contratti che proseguono nei confronti della massa; b) contratti nei quali, per previsione legislativa, non subentra il Curatore all'affittuario- sulla questione se tali contratti si sciolgano, con quell'effetto che è stato definito già in tempi risalenti di "resiliazione"⁸⁹ o restino in capo all'affittuario si veda *infra*; c) contratti che entrano in stato di sospensione, con facoltà di scelta del Curatore se subentrare o meno.

La ragione della preferenza per il regime della "sospensione" va inquadrata nella funzione riallocativa del *business risk*, dai creditori all'affittuario, che l'affitto endofallimentare presenta: funzione da garantire fino all'ultimo, anche nel momento della retrocessione dell'azienda al termine del rapporto, per evitare che un indiscriminato subentro della curatela nei rapporti contrattuali pendenti possa coinvolgere il fallimento nel rischio di impresa della passata fase "transitoria" dell'affitto, vanificando il ripristino di quell'equilibrato rapporto tra il *controllo* sull'impresa e la relativa alea, che lo strumento endofallimentare in parola mirava a realizzare.

Pertanto, ad esclusione di quelli destinati a sciogliersi o proseguire in modo automatico in capo al fallimento, per gli altri contratti la curatela potrà godere del periodo di sospensione, e decidere se assumersi o meno l'onere della loro prosecuzione⁹⁰.

Va però segnalato che sono sorti dei dubbi su quali rapporti, tra quelli ovviamente per i quali non sia disposto il subentro o lo scioglimento *ex lege*, siano interessati dall'effetto sospensivo *ex art. 72 l. fall.*

Una parte della dottrina ha, infatti, suggerito di distinguere tra contratti pendenti alla stipula dell'affitto che siano ancora tali al momento del ritrasferimento del compendio aziendale e contratti instaurati *ex novo* dall'affittuario, ancora in corso di esecuzione al momento della retrocessione⁹¹.

⁸⁹ Così G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., 676, definendo tale nozione come "la risoluzione che vien fuori direttamente dal precludersi, che le parti fanno, la via alla successiva esecuzione del contratto".

⁹⁰ Si veda, L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1390.

⁹¹ Si veda F. MARTORANO, *La circolazione "di ritorno" dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 7 ss.; ID., *L'azienda*, cit., 363, nt. 37; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 548; A. PACIELLO, sub *art. 104-bis*, cit., 14 estr.; nel panorama pre-riforma, nel presupposto dell'applicazione, anche prima della riforma, per i rapporti pendenti al momento della retrocessione, di un meccanismo sospensivo *ex artt. 72 ss. l. fall. testo previgente*, P. LICCARDO, *Fallimento e metodologie*, cit., 668

La *ratio* della norma di cui all'art. 104-*bis*, co. 6, l. fall., infatti, andrebbe individuata nell'esigenza di preservare la curatela e, di conseguenza, l'intera esecuzione collettiva dal subentro indiscriminato nei contratti la cui convenienza il curatore non avrebbe potuto vagliare *a priori*. Da ciò si fa discendere che la norma dovrebbe trovare applicazione solo con riguardo ai contratti stipulati *ex novo* dall'affittuario, ed ancora pendenti al momento della terminazione del rapporto d'affitto; risulterebbero, invece, esclusi quelli stipulati dal fallito prima dell'apertura della procedura, e proseguiti dapprima dalla curatela e successivamente dall'affittuario. In relazione a tali ultimi contratti, infatti, risulterebbe contraddittorio legittimare il curatore ad un esercizio della facoltà di scelta in due distinti momenti, dapprima al momento della dichiarazione di fallimento, e in seguito al momento della terminazione dell'affitto endofallimentare. Non ci sarebbero ragioni, cioè, per ritenere che il curatore possa essere legittimato a ritornare su una scelta già fatta: la convenienza dell'operazione negoziale per la procedura è già stata valutata al momento della dichiarazione di subentro, prima o al momento della stipulazione del contratto d'affitto (nel caso in cui si attribuisca a tale comportamento valore di "fatto concludente" idoneo a manifestare la volontà del curatore di succedere nel rapporto e trasferirlo all'affittuario, il che dovrebbe avvenire, a seguire l'impostazione da noi adottata per i contratti "essenziali" all'organizzazione d'impresa); il curatore non potrà tornare sui suoi passi e decidere per lo scioglimento del contratto al termine dell'affitto. Non si concederebbe al curatore, cioè, di esercitare per ben due volte- la prima a seguito della declaratoria di fallimento, la seconda in occasione della retrocessione dell'azienda- il potere di scelta attribuitogli dagli artt. 72 ss. l. fall., in quanto con il primo esercizio la facoltà di scelta deve intendersi "consumata"⁹².

Non sarebbe, cioè, ipotizzabile che la retrocessione dell'azienda comporti la "revivescenza"⁹³ del potere attribuito alla Curatela *ex artt.* 72 ss. l. fall., rispetto ai rapporti preesistenti all'affitto e rimasti ineseguiti al termine dello stesso.

⁹² Così, F. MARTORANO, *La circolazione*, cit., 7; ID., *L'azienda*, cit., 363, nt. 37, che ritiene peraltro che la concessione in affitto dell'azienda comporti, comunque, si faccia o meno menzione del rapporto contrattuale trasferito nel contratto, la consumazione della facoltà di scelta, e la stabilizzazione, in capo all'affittuario, dei rapporti contrattuali pendenti e sospesi per effetto della dichiarazione di fallimento, salva deroga pattizia.

⁹³ Così, F. MARTORANO, *La circolazione*, cit., 7; ID., *L'azienda*, cit., 363, nt. 37.

Se il curatore si è già espresso favorevolmente per il subingresso, si è argomentato, questi non può poi all'atto della retrocessione dell'azienda decidere di sciogliersi dal rapporto, in quanto si integrerebbe la fattispecie del *venire contra factum proprium*⁹⁴.

Non sarebbe decisiva in senso contrario la circostanza che l'art. 104-bis, co. 6, l. fall. non distingue tra rapporti pendenti proseguiti dall'affittuario, e rapporti, sempre in corso di esecuzione, instaurati durante l'affitto: la facoltà di scelta non abbraccerebbe entrambe le categorie necessarie, proprio in ragione dell'avvenuta consumazione per la prima delle due categorie, per cui dovrebbe adottarsi un'interpretazione restrittiva della norma, che ne limiti l'applicazione ai soli contratti stipulati *ex novo* dall'affittuario⁹⁵.

Nonostante la tesi si presenti suggestiva, sembrerebbe preferibile l'opinione che ritiene applicabile l'art. 72, l. fall. *tout court*, senza distinguere tra rapporti instaurati dal fallito e proseguiti dalla Curatela e rapporti instaurati dall'affittuario, nel corso della sua gestione⁹⁶.

E ciò indipendentemente dalla tesi adottata rispetto alla sorte dei rapporti ancora pendenti, e sospesi *ex art. 72 l. fall.*, al momento della stipulazione del contratto d'affitto.

Come visto su tale ultimo punto, è stata proposta la qualificazione della stipulazione del contratto d'affitto da parte della curatela come comportamento concludente idoneo a manifestare la volontà di subentrare nei rapporti pendenti ancora sospesi⁹⁷, con applicazione dunque del meccanismo successorio in capo all'affittuario

⁹⁴ Così S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 548.

⁹⁵ Così, F. MARTORANO, *La circolazione*, cit., 7; ID., *L'azienda*, cit., 363, nt. 37; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 548.

⁹⁶ Così, F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1641 e 1642; G. ROVATI, *L'esercizio*, cit., 217 e 218; D. BENZI, *L'affitto*, cit., 1190; A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione*, cit., 953; F. LICONTI, sub *art. 104-bis*, cit., 442; B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 719; D. COLOMBINI, *L'affitto*, cit., 565 ss. In giurisprudenza, da ultimo, Trib. Monza, 9 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*, che sostiene che il richiamo previsto dall'art. 104 L.F. alle disposizioni di cui alla sezione IV, capo III, titolo II, L.F. (artt. 72 ss.), comporta l'applicazione della disciplina degli effetti della retrocessione (per quanto riguarda il rapporto di lavoro relativamente ai rapporti economici) sia con riferimento ai rapporti contrattuali preesistenti all'affitto, nei quali l'affittuario sia subentrato, sia con riferimento a quelli stipulati *ex novo*, perché tutti questi negozi sono connotati, indipendentemente dall'epoca della loro costituzione, dalla peculiare gestione dell'impresa operata dall'affittuario, che li ha accomunati non solo sotto il profilo organizzativo, ma anche nell'aspetto del loro trattamento in quanto facenti parte di un unico insieme di rapporti riconducibili alla nuova identità aziendale.

⁹⁷ Aderendo alla tesi dell'informalità della dichiarazione di subingresso da parte del curatore, *ex art. 72 l. fall.*, manifestabile anche per fatti concludenti: così Cass. 2010, n. 19035; B. BAESSATO, sub *art. 72*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, 458;

ex art. 2558 c.c. Allo stesso modo, ovvero come manifestazione tacita della volontà di subentro da parte del curatore, poi, è stata interpretata l'espressa menzione del rapporto sospeso nel contratto d'affitto, per esplicitarne il trasferimento o l'esclusione della successione all'affittuario⁹⁸.

Secondo altra tesi, occorrerebbe distinguere tra contratti essenziali all'organizzazione aziendale, contratti espressamente trasferiti per previsione pattizia, e altri contratti⁹⁹. Per i primi due, si avrebbe subingresso automatico dell'affittuario, per i motivi sopra esposti. Per gli ultimi, invece, lo stato di sospensione si protrarrebbe finché il curatore non proceda alla scelta o non decada dal corrispondente potere. Là dove il curatore opti per il subingresso, la successione dell'affittuario non sarà automatica, non potendo più operare la regola di cui all'art. 2558, co. 1, c.c., ma potrà avvenire solo con le forme della cessione del contratto ex art. 1406 c.c.¹⁰⁰.

In entrambi i casi, si deve ritenere che sussistano ragioni per giustificare l'applicazione del regime sospensivo ex art. 72 l. fall. anche ai contratti sui quali il Curatore si era già espresso prima dell'affitto per il subingresso.

Le condizioni, infatti, per le quali la curatela aveva optato, in precedenza, per una valutazione, in termini di convenienza per la procedura, del subentro nel rapporto pendente potrebbero ben essere mutate. Tra la prima scelta del Curatore e la seconda, infatti, si inserisce la gestione dell'affittuario, che avrà alterato le prospettive della liquidazione, il valore del compendio aziendale, la consistenza della massa attiva fallimentare. Il mutamento delle condizioni di partenza, dunque, giustifica la riapplicazione dell'effetto sospensivo, e la necessità di una nuova valutazione della convenienza del subingresso rispetto all'interesse del ceto creditorio.

Senza contare che potrebbe essere mutato anche lo "stato di esecuzione" del rapporto, per via ad esempio dell'adempimento parziale delle prestazioni da parte dell'affittuario o del contraente *in bonis*, cosicché avanti al Curatore si presenterà un rapporto contrattuale in questo senso "nuovo", rispetto a quello valutato al momento della prima scelta per il subingresso. Proprio per questo, l'opzione del Curatore nel senso dello scioglimento non potrebbe essere considerata come *venire contra factum*

⁹⁸ F. FIMMANÒ, *L'affitto*, cit., 456; ID., sub art. 104-bis, cit., 1638; G. BOZZA, *La vendita dell'azienda nel fallimento*, in *Fall.*, 1987, 292 ss.; L. PANZANI, *Affitto*, cit., 920 ss.

⁹⁹ Così nel panorama normativo pre-riforma, G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 119 ss.

¹⁰⁰ Così G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 119 ss.; L. MANDRIOLI, sub art. 104-bis, cit., 1382.

proprium, perché rinnovati sono i presupposti rispetto a quelli alla base della prima scelta.

Inoltre, è possibile che il Curatore abbia optato per il subingresso proprio in vista dell'affitto; in questo caso, si impone una nuova valutazione di convenienza, per i creditori, del subingresso nel rapporto pendente, al termine dell'affitto, allorché l'esecuzione del rapporto in corso dovrebbe passare a carico della massa.

Per questo, sembra, la lettera dell'art. 104-*bis*, co. 6, l. fall., non prevede alcuna distinzione tra contratti instaurati *ex novo* dall'affittuario e contratti già pendenti al momento dell'affitto, transitati dal fallito, alla Curatela, e, poi, all'affittuario: l'esigenza di una nuova scelta del Curatore (per i rapporti per i quali il legislatore non preveda il subentro o lo scioglimento automatico ex artt. 72 ss.) è fondata sul mutamento delle condizioni rispetto a quelle che avevano spinto la Curatela a optare per il primo subingresso.

Tale soluzione varrebbe *a fortiori* là dove si aderisse alla tesi che si è proposta come sostenibile sul destino dei rapporti in corso di esecuzione al momento dell'affitto, per i quali il Curatore non si sia ancora espresso per il subentro o per lo scioglimento: l'ipotesi, cioè, che la facoltà di scelta tra subingresso e risoluzione del rapporto passi all'affittuario.

La tesi come visto farebbe leva sulla funzionalizzazione dell'affitto endofallimentare d'azienda all'istanza di ripristino del paradigma potere gestorio/rischio d'impresa tipico dell'attività *in bonis*. Lo strumento dell'affitto permetterebbe cioè la continuazione dell'impresa del debitore, senza però far gravare l'alea dell'esercizio sui creditori: a fronte, però, del passaggio del rischio in capo al terzo affittuario, a questi viene attribuita in via esclusiva la gestione dell'impresa. Il contratto consentirebbe, in questo senso, una riallocazione efficiente del *business risk*, che con l'emergere dello stato di insolvenza era iniquamente migrato in capo ai creditori, sul terzo conduttore, che risponderà in via esclusiva dei debiti sorti nel corso dell'attività. La responsabilità del solo affittuario vuole però come contrappeso l'attribuzione di ogni prerogativa gestoria a quest'ultimo.

Per cui si potrebbe ipotizzare, forse, che, tra le scelte gestionali spettanti all'affittuario, possano farsi rientrare anche le decisioni in ordine ai rapporti "sospesi" al momento dell'affitto.

Là dove dunque la facoltà di scelta sui rapporti pendenti passasse davvero all'affittuario, si spiegherebbe il motivo dell'applicazione indiscriminata, al momento della retrocessione dell'azienda dall'affittuario alla procedura, dell'effetto sospensivo di cui all'art. 72 l. fall., a tutti i rapporti e non soltanto a quelli stipulati *ex novo* dal conduttore in corso d'affitto.

L'art. 104-*bis*, co. 6, l. fall. consentirebbe cioè di ripristinare la situazione pregressa all'affitto sui rapporti sospesi *ex lege*, cristallizzando le conseguenze della scelta dell'affittuario al solo arco temporale dell'affitto, in parallelo con il potere gestorio sull'impresa.

Al Curatore verrebbe dunque rimessa, al termine dell'affitto, quella facoltà di scelta di cui era stato privato, in favore dell'affittuario, per conseguire l'equilibrio tra *controllo* e *rischio* nell'impresa, che l'insolvenza aveva alterato a svantaggio dei creditori, e che l'affitto ripristina, per il tempo del rapporto.

In questa direzione, la previsione di cui all'art. 104-*bis*, co. 6, l. fall. potrebbe essere vista come un argomento a favore della legittimità di una tesi, quella del passaggio della facoltà di scelta dell'affittuario sul subentro o meno nei rapporti pendenti al momento dell'affitto, per i quali il Curatore o la legge non si siano già espressi, che sembrerebbe conforme allo spirito dell'istituto, e alla sua funzione riallocativa del rischio di impresa.

Non può, però, dimenticarsi, come già sottolineato, che la prerogativa della Curatela di scegliere tra scioglimento o continuazione nel rapporto "sospeso" presenta carattere speciale rispetto al diritto comune, e si giustifica per le peculiarità dell'ufficio fallimentare; il che potrebbe rappresentare ostacolo esegetico di difficile superamento.

Al di là della tesi adottata sul punto, va detto che, comunque, per i contratti in cui la Curatela decida di succedere, si verificherà il subingresso della procedura anche nell'eventuale debito residuo, in quanto tra la normativa in ordine ai contratti pendenti e la regola dell'esclusione, per la massa, della responsabilità per le passività assunte dall'affittuario in corso di affitto, va individuato un rapporto di specialità cosicché la seconda prevarrà sulla prima¹⁰¹.

E proprio di tale circostanza dovrà tener conto il Curatore nel valutare la convenienza dell'operazione per i creditori: come visto, lo stato di esecuzione del

¹⁰¹ Si veda V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 292 e L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1390.

rapporto potrà variare rispetto al momento in cui sia stata effettuata la prima scelta, nel caso di contratto stipulato dal fallito, passato, poi, alla Curatela, dunque all'affittuario, ed ancora in esecuzione al termine dell'affitto.

Va poi vagliato l'impatto che nella fattispecie in esame possa avere l'orientamento giurisprudenziale¹⁰² che, per l'affitto d'azienda extraconcorsuale, distingue tra retrocessione dell'azienda riconducibile a fatti negoziali e non, per limitare solo ai primi l'effetto di successione automatica del concedente nei rapporti contrattuali in capo all'affittuario.

Sembrerebbe che, anche nel caso di specie, le peculiarità del contesto fallimentare in cui si verifica la vicenda circolatoria "regressiva" possano legittimare un'applicazione generalizzata del meccanismo sospensivo di cui agli artt. 72 ss. l. fall.

La *ratio* dell'indirizzo pretorio menzionato, per l'affitto extraconcorsuale, sembrerebbe quella di evitare che il concedente rimanga vincolato da rapporti contrattuali stipulati dall'affittuario nel corso di una gestione rovinosa, tale da integrare inadempimento dell'obbligo di mantenere l'efficienza del compendio. Si tratta, cioè, di un'esigenza di protezione del concedente in caso di terminazione "traumatica" del rapporto d'affitto; a tale esigenza sopperisce già il disposto dell'art. 104-*bis*, co. 6, l. fall., nel prevedere il rinvio alle disposizioni di cui agli artt. 72 ss. l. fall. che rimettono la scelta del subingresso nei rapporti in corso d'esecuzione, come regola generale, al Curatore.

E d'altronde sembra corretto lasciare alla Curatela la valutazione circa la convenienza di determinati rapporti per la procedura, in vista eventualmente della prosecuzione dell'impresa del fallito.

La previsione generalizzata di cui all'art. 104-*bis*, co. 6, l. fall., sembrerebbe legittimare una tale interpretazione. Ancor di più tenendo presente che il curatore, nel caso del rapporto endofallimentare, ha un'ampia facoltà di recesso dal contratto d'affitto, riconosciuta *ex lege* dall'art. 104-*bis*, co. 2, l. fall., alla luce della quale si impone una rimediazione dell'orientamento che, in ambito extrafallimentare, esclude il meccanismo successorio *ex art.* 2558 c.c. nei casi di retrocessione non originata da fenomeno anche mediatamente negoziale, che per presupposto implicito sembrerebbe

¹⁰² Si vedano, Cass. 7 novembre 2003, n. 16724, cit.; Cass. 23 settembre 2015, n. 18805, cit.; Cass. Civ., 16 giugno 2004, n. 11318, cit.

avere la vincolatività dell'affitto extraconcorsuale per le parti, salvo i rimedi concessi in presenza di situazioni patologiche che incidano sull'esecuzione del rapporto.

6.1 Il significato del rinvio alle disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del titolo II della l. fall. Conseguenze in caso di scelta per lo scioglimento del contratto da parte della curatela: estinzione del rapporto o continuazione in capo all'affittuario. Riconoscimento di un diritto di recesso al terzo contraente ex art. 2558 c.c., in caso di subentro della Curatela.

Il rinvio dell'art. 104-bis, co. 6, l. fall. acquista, dunque, un significato pregnante, come visto, rispetto alla funzione dell'affitto endofallimentare di riallocazione efficiente del *business risk*, dai creditori all'affittuario, impedendo che soluzioni non ponderate in ordine alla sorte dei rapporti pendenti, al momento terminale della retrocessione dell'azienda, possano frustrare tale obiettivo.

E risulta decisivo anche riguardo all'orientamento dell'operazione alla "più proficua vendita" in blocco del compendio, che possa ritenersi comprensivo di determinati rapporti in corso di esecuzione, essenziali all'impresa, o semplicemente di grande rilievo economico, e che non possono essere scissi dall'azienda, pena la riduzione del valore del compendio¹⁰³.

Va però considerato, come già in precedenza accennato, che, malgrado l'indiscriminato richiamo alle norme di cui agli artt. 72 e ss. l. fall., in realtà, la portata della facoltà di scelta attribuita alla Curatela, quantomeno rispetto ai rapporti instaurati dal fallito, o a tutti i rapporti in corso di esecuzione, secondo la tesi qui adottata, al termine del rapporto d'affitto, non coincide esattamente con la facoltà, attribuita allo stesso organo, di decidere la sorte dei rapporti pendenti al momento della dichiarazione di fallimento, instaurati dall'imprenditore poi fallito. Mentre nel primo caso si ha un mutamento soggettivo *ex uno latere* della parte contrattuale, in caso di successione della Curatela, nel secondo caso si ha solo sostituzione del fallito con l'organo della

¹⁰³ Per analoghe considerazioni, in ordine alla *ratio* della disciplina sottesa agli artt. 72 e ss. l. fall. D. VATTERMOLI, sub *artt.* 72-83-bis, cit., 409 ss.

procedura che scelga il subingresso¹⁰⁴, permanendo il rapporto “in patrimonio” del fallito¹⁰⁵.

Tale differenza strutturale tra le due fattispecie potrebbe ripercuotersi sul piano della disciplina degli effetti.

Si è, all’uopo, sostenuto, che, mentre la scelta negativa della Curatela (o la scadenza del termine fissato dal giudice in caso di messa in mora su istanza della controparte *in bonis*), nel caso di rapporto pendente al momento della dichiarazione di fallimento, prima dell’affitto, comporta lo scioglimento del contratto, ai sensi dell’art. 72, co. 2, 1. fall., non essendoci un soggetto in grado di effettuare la prestazione, nel caso della circolazione di ritorno dell’azienda a seguito di affitto endofallimentare, la scelta nel senso del mancato subentro nel rapporto pendente, al termine dell’affitto, da parte del Curatore, potrebbe non comportarne la risoluzione.

In quest’ultimo caso, infatti, tali rapporti giuridici non rientrerebbero più nel patrimonio fallimentare ma in quello dell’affittuario, imprenditore *in bonis*, per cui si potrebbe ipotizzare, alternativamente, o la prosecuzione del rapporto con l’affittuario¹⁰⁶, o, quanto meno, il sorgere di un obbligo risarcitorio *ex art. 2558 c.c.*, co. 2, a carico dell’affittuario¹⁰⁷, a differenza di quanto avviene in caso di scioglimento del rapporto *ex art. 72 l. fall.* a seguito della dichiarazione di fallimento, allorché il terzo non ha azione risarcitoria, nei confronti del fallito¹⁰⁸.

Ciò in analogia a quanto avviene in caso di recesso del terzo *ex art. 2558 co. 2*, nel caso di trasferimento d’azienda tra soggetti *in bonis*. Sul punto sia sufficiente ricordare che, per una prima tesi¹⁰⁹, in caso di trasferimento d’azienda, per i contratti per cui opera la successione automatica del cessionario, in caso di recesso del terzo, il rapporto contrattuale pendente proseguirà nei confronti del cedente¹¹⁰; per una seconda

¹⁰⁴ Ma ritiene che anche in questo caso sussista modificazione soggettiva del rapporto D. VATTERMOLI, sub *art. 72*, cit., 420.

¹⁰⁵ Così F. MARTORANO, *La circolazione*, cit., 7; ID., *L’azienda*, cit., 365.

¹⁰⁶ *Locc. citt.*

¹⁰⁷ *Locc. citt.*

¹⁰⁸ Così D. VATTERMOLI, sub *art. 72*, cit., 421.

¹⁰⁹ *Ex multis* così F. MARTORANO, *L’azienda*, cit., 165 ss.

¹¹⁰ Così F. MARTORANO, *L’azienda*, cit., 165 ss.

tesi, maggioritaria¹¹¹, invece, unico rimedio a tutela del terzo sarebbe esclusivamente quello risarcitorio.

Stessa soluzione potrebbe adottarsi nel caso di opzione per il mancato subentro nel rapporto da parte del Curatore: dovrebbe cioè riconoscersi al terzo azione risarcitoria, *ex art. 2558, co. 2, c.c.* nei confronti dell'affittuario. La disparità di trattamento rispetto alla tutela del terzo in caso di scioglimento del rapporto a seguito della dichiarazione di fallimento, ove nessuna azione è data al terzo verso il fallito, si spiegherebbe in ragione del fatto che, in quest'ultimo caso, lo scioglimento del contratto è riconducibile non al rifiuto del terzo ma alla crisi di una delle parti contrattuali¹¹².

La tesi è interessante e risponde ad esigenze di tutela del terzo, alla luce, peraltro, della diversa configurazione della facoltà di scelta del Curatore nel caso della retrocessione dell'azienda al fallimento a seguito dell'affitto e nel caso di dichiarazione di fallimento, per i rapporti pregressi e pendenti a carico del fallito. Suscita però alcune perplessità, riguardo alla possibilità di una prosecuzione del rapporto nei confronti dell'affittuario, in quanto tale prosecuzione potrebbe non rispondere all'interesse né dell'affittuario né del terzo contraente, per l'inscindibilità possibile del rapporto con l'azienda, non più nella disponibilità dell'affittuario. Senza sottovalutare che, là dove si optasse per l'opzione dello scioglimento, a seguito di mancato subentro della Curatela, le parti potrebbero comunque stipulare un nuovo contratto, se ritenessero utile la prosecuzione del loro rapporto, indipendentemente dal trasferimento dell'azienda a soggetto diverso dall'affittuario.

Riguardo poi all'obbligo risarcitorio *ex art. 2558, co. 2 c.c.* che, in base alla riferita opinione, si è ritenuto potrebbe sorgere in capo all'affittuario, in quanto *alienante*, verso il terzo contraente, in caso di scioglimento del rapporto a seguito di scelta per il mancato subentro da parte del Curatore, sembra che si sia in presenza di fattispecie differenti per *ratio*, così che potrebbero incontrarsi difficoltà al ricorso all'analogia *legis*.

Nel caso di specie, infatti, parrebbe difficile individuare il fatto costitutivo della responsabilità dell'affittuario, avvenendo il trasferimento dell'azienda non su base

¹¹¹ Si vedano, *ex multis*, G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 93 ss.; D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 51 ss.; B. LIBONATI, *Diritto commerciale, Impresa e società*, Milano, 2005, 94; A. VANZETTI, *Osservazioni*, cit., 2026; U. MINNECI, *Trasferimento*, cit., 28, nt. 45 e 165 nt. 26; R. TOMMASINI, *L'azienda*, cit., 251.

¹¹² Così F. MARTORANO, *La circolazione*, cit., 7; ID., *L'azienda*, cit., 365.

negoziale ma come conseguenza della terminazione dell'affitto. Inoltre, il terzo contraente, nel caso di rapporto instaurato *ex novo* dall'affittuario, avrebbe dovuto essere ben conscio del carattere transitorio dell'affitto, e avrebbe dovuto prospettarsi la possibilità della cessione al fallimento alla scadenza del contratto d'affitto medesimo, già al momento della stipulazione del contratto, poi scioltosi, per cui verrebbe meno l'esigenza di tutelare il suo affidamento sull'esecuzione del contratto e sulla stabilità del vincolo.

Diversa è invece la questione del riconoscimento di un diritto di recesso *ex art.* 2558, co. 2, c.c. al terzo in caso di opzione da parte della Curatela per il subentro nel rapporto.

Qui sembrerebbe preferibile la risposta positiva. La circostanza che l'art. 72 l. fall. non menzioni il diritto di recesso del terzo ceduto, potrebbe giustificarsi per la diversa struttura della fattispecie rispetto a quella prevista *ex art.* 104-*bis*, co. 6, l. fall., che integra una "vera e propria cessione *ex lege* del contratto sottoposta alla opzione della Curatela, cioè una vicenda in tutto e per tutto simile a quella contemplata nell'art. 2558, in cui la tutela del terzo, offerta dal consenso di cui all'art. 1406 c.c., è sostituita dalla facoltà di recesso per giusta causa"¹¹³. Nel caso della retrocessione dell'azienda con subentro nel rapporto della Curatela, si avrebbe un mutamento soggettivo *ex uno latere*, sicuramente svantaggioso per il terzo, che vedrebbe sostituita la propria controparte originaria con il fallimento, con realistiche possibilità di una diminuzione nelle prospettive di adempimento del controcredito relativo alla propria prestazione, e di esecuzione più in generale del rapporto. Si avrebbe cioè il passaggio da un imprenditore *in bonis*, l'affittuario, al fallimento, senza il concorso del terzo ceduto. Per questo, la differenza strutturale tra le due fattispecie, quella contemplata nell'art. 72 l. fall. e quella di cui all'art. 104-*bis*, co. 6, l. fall., induce a riconoscere il diritto di recesso al terzo contraente per quei rapporti soggetti a norma della disciplina richiamata, a continuare nei confronti del fallimento, integrandosi in pieno un fenomeno di cessione legale connessa alla circolazione "di ritorno" dell'azienda.

Ciò quanto meno per i rapporti instaurati *ex novo* dall'affittuario, mentre, invece, per i rapporti transitati dal fallito, alla Curatela, poi all'affittuario, e infine di nuovo alla

¹¹³ Così F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 366. Si veda anche ID., *La circolazione*, cit., 7.

Curatela, l'esigenza di tutela dell'affidamento del terzo sulla solidità e stabilità della propria controparte contrattuale potrebbe dirsi affievolita.

Nei casi invece di rapporto "nuovo" stipulato dall'affittuario nel corso della gestione, il subentro della Curatela a seguito di retrocessione dell'azienda, determinando una modificazione soggettiva del rapporto contrattuale per una sola delle parti, dovrebbe- se si applicasse il diritto comune dei contratti- essere autorizzata dal contraente ceduto, secondo il meccanismo di cui all'art. 1406 c.c.: non richiedendosi, invece, tale consenso, sembra legittimo quanto meno riconoscere un diritto di recesso al terzo ceduto, che vede ridursi le prospettive di regolare esecuzione del contratto.

E non sembrerebbe convincente, al contrario, invocare la circostanza che in entrambi i casi la continuazione del rapporto risponde, "istituzionalmente", all'interesse dei creditori, cui verrebbe subordinato quello del terzo: tale obiezione verrebbe superata dalla constatazione che nella retrocessione dell'azienda a seguito dell'affitto, si tratterebbe di rapporti che la Curatela verrebbe ad *acquisire*, e non semplicemente a *conservare*, senza il consenso della controparte¹¹⁴.

6.2 La sorte dei rapporti di lavoro in caso di retrocessione dell'azienda. Rapporto tra esclusione della responsabilità del fallimento per i debiti da lavoro e sorte dei rapporti di lavoro pendenti. Questioni in ordine all'applicabilità dell'art. 3, co. 1, l. n. 223/1990.

Se quella appena delineata è la disciplina dei rapporti pendenti al momento della retrocessione dell'azienda al fallimento, discorso a parte va fatto per i rapporti di lavoro in corso di esecuzione alla cessazione del rapporto d'affitto.

L'ampia formulazione dell'art. 104-bis, co. 6, l. fall., non sembra dover indurre a ritenere che la facoltà di scelta del Curatore possa investire anche i rapporti di lavoro dipendente. In relazione a questi ultimi, infatti, dovrebbe ritenersi che la retrocessione dell'azienda al concedente non possa incidere sui diritti pregressi dei lavoratori, con la

¹¹⁴ F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 366-367; ID., *La circolazione*, cit., 7 ss.; L. MANDRIOLI, sub art. 104-bis, cit., 1393; *Contra*, A. PATTI, *L'affitto*, cit., 1096, che ritiene che il disposto dell'art. 72 l. fall. richiamato dall'art. 104-bis, co. 6, si applichi indistintamente a tutti i rapporti pendenti, compresi quelli di lavoro.

conseguenza che i rapporti di lavoro siano destinati a continuare in capo alla procedura¹¹⁵.

E d'altronde l'art. 104-bis, co. 6, l. fall. nell'introdurre delle deroghe all'operatività nel caso di retrocessione dell'azienda al termine dell'affitto endofallimentare, come visto, fa riferimento alla sola responsabilità del fallimento per i debiti da lavoro "pregressi", assunti dall'affittuario in corso di rapporto, non menzionando invece la regola della prosecuzione automatica dei rapporti in capo al fallimento cessionario. Dunque, se per le passività da lavoro il legislatore esclude la responsabilità della procedura, non lo stesso si può dire riguardo all'automaticità del subingresso nei rapporti da lavoro in corso di esecuzione: in questa direzione, l'art. 2112 c.c. continuerà ad operare anche per la retrocessione dell'azienda dall'affittuario al fallimento cedente, non essendo prevista alcuna deroga in materia da parte del legislatore¹¹⁶.

L'operare della regola generale della continuazione automatica dei rapporti di lavoro in capo al cessionario, che nel caso della retrocessione d'azienda è il fallimento, è del tutto coerente con la configurazione del fenomeno della circolazione di "ritorno" dell'azienda al termine dell'affitto endofallimentare come vicenda traslativa, sia pur, in certi casi, di matrice non negoziale, rientrando nel concetto "lavoristico" di trasferimento come qualunque operazione, anche di matrice non negoziale, di mutamento soggettivo del rapporto di lavoro per la parte datoriale. E, nel caso della retrocessione dell'azienda al termine dell'affitto, si ha ritorno dell'azienda alla Curatela, con conseguente trasferimento automatico dei rapporti di lavoro pendenti in capo al fallimento.

D'altronde, il diritto dei lavoratori, nella vicenda in esame, al mantenimento del posto di lavoro costituirebbe un interesse di natura pubblicistica, destinato a prevalere su quello del ceto creditorio, sia pur avente identica natura¹¹⁷.

¹¹⁵ Si veda L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1390-1391; F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1643 e 1644; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 364 ss.; ID., *La circolazione*, cit., 6 ss.; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 548; A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione*, cit., 600; A. SCARANO, *La sorte*, cit., 1210; A. CAIAFA, *La liquidazione*, cit., 1130 e 1132; C. MIELE, sub *art. 104-bis*, cit., 772.

¹¹⁶ Si veda L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1390-1391; F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1643 e 1644; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 364 ss.; ID., *La circolazione*, cit., 6 ss.; S. AMBROSINI, *L'amministrazione*, cit., 548; A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione*, cit., 600; A. SCARANO, *La sorte*, cit., 1210; A. CAIAFA, *La liquidazione*, cit., 1130 e 1132; C. MIELE, sub *art. 104-bis*, cit., 772.

¹¹⁷ Così F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1643- 1644; A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione*, 600; A. SCARANO, *La sorte*, 1210; e nel vigore del testo originario della legge fallimentare, già L. PANZANI, *Affitto*, cit., 925 s. che sottolineava come in caso di circolazione di ritorno dell'azienda affittata

La soluzione opposta, si è argomentato convincentemente¹¹⁸, creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra i rapporti di lavoro instaurati dal fallito, e continuati in capo all'affittuario, rispetto ai quali non è pensabile che la curatela acquisti una facoltà che in precedenza non deteneva, al momento della dichiarazione di fallimento, e quelli instaurati *ex novo* dall'affittuario, che, invece, a optare per una deroga all'operare dell'art. 2112 c.c. sotto l'aspetto della continuità dei rapporti, soggiacerebbero al regime di cui agli artt. 72 ss.

Sembrirebbe, infatti, sostenibile che l'affittuario possa dar corso a un incremento della forza lavoro, instaurando nuovi rapporti, purché ciò sia stato previsto nel *business plan*, presentato al momento della procedura di selezione del contraente e valutato preventivamente, dunque, dalla Curatela¹¹⁹.

E non sarebbe invocabile, a parziale temperamento dell'applicabilità dell'art. 2112 c.c., il ricorso alla deroga di cui all'art. 47, co. 5, l. n. 428/1990; e ciò, sia a ritenere che la *ratio* della norma vada individuata nell'agevolazione della riallocazione sul mercato di complessi imprenditoriali medio-grandi, ché una tale giustificazione, nel caso di retrocessione dell'azienda al fallimento, non potrebbe evincersi¹²⁰, sia a ritenere, invece, che il fondamento della norma vada inquadrato nel raggiungimento di un accordo circa il mantenimento anche non integrale dell'occupazione, accordo che, com'è ovvio, nel caso di automatico ritorno dell'azienda alla procedura, non potrà venire in rilievo¹²¹.

Sancita la prosecuzione automatica dei rapporti di lavoro in capo al concedente fallimento, va, poi, segnalato, pur non potendo prendere posizione nel dibattito, che si è discussa la possibilità da parte dell'organo gestorio di accedere alla cassa integrazione

la prosecuzione del rapporto di lavoro in capo al concedente fosse sancita da una norma imperativa dallo spiccato *favor lavoratoris*, negando anche l'opponibilità a terzi di un patto contrario intercorso tra le parti.

¹¹⁸ F. MARTORANO, *La circolazione*, cit., 6 s.

¹¹⁹ Così A. CAIAFA, *La liquidazione*, 1130 e 1132; D. BENZI, *L'affitto*, cit., 1191, che suggerisce di inserire nel contratto clausole che determinino i criteri attraverso i quali risarcire il concedente, il fallimento, nel caso di azienda originariamente concessa in godimento senza dipendenti e restituita con rapporti di lavoro in corso di esecuzione; implicitamente anche F. MARTORANO, *La circolazione*, cit., 6 s.

¹²⁰ Così F. MARTORANO, *La circolazione*, cit., 6; A. SCARANO, *La sorte*, cit., 1206 ss.

¹²¹ F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1643.

straordinaria concorsuale, sussistendone i presupposti di legge, o di procedere a licenziamenti in base alla disciplina lavoristica generale¹²².

Per parte della dottrina¹²³, andrebbe escluso che, compiutasi la retrocessione dell'azienda al fallimento, il curatore possa, nelle imprese "socialmente rilevanti", far ricorso al trattamento della Cassa Integrazione guadagni *ex art. 3, l. n. 223/1991*: tale strumento sarebbe volto a regolare gli effetti che l'apertura della procedura ha sui rapporti pendenti, non anche quelli sui rapporti proseguiti senza soluzione di continuità in capo all'affittuario e poi al fallimento, o a quelli instaurati *ex novo* dal conduttore e poi trasferiti, con l'azienda, alla procedura.

Secondo altra parte della dottrina, guardando alle esigenze della procedura, risulterebbe difficile ritenere che al curatore sia impedita l'opzione per la risoluzione dei rapporti di lavoro, salva la continuazione dell'impresa con disposizione dell'esercizio provvisorio o di un nuovo affitto¹²⁴. Una soluzione siffatta genererebbe oneri troppo gravosi per il fallimento. Si è dunque sostenuta l'analogia della posizione della Curatela nel caso della retrocessione dell'azienda, sotto il profilo delle soluzioni disponibili per i rapporti di lavoro trasferiti, compreso il ricorso al trattamento di integrazione salariale straordinario, rispetto all'ipotesi di continuazione dei rapporti dal fallito alla Curatela a seguito della dichiarazione di fallimento¹²⁵.

7 *La retrocessione dell'azienda in caso di revoca o di chiusura del fallimento.*

Se quella esaminata è la disciplina della circolazione "di ritorno" dell'azienda al fallimento, a seguito di cessazione del rapporto d'affitto endofallimentare, occorre interrogarsi su quale sia la sorte del compendio aziendale là dove l'affitto si protragga oltre la chiusura della procedura, qualora questa si sia verificata senza necessità di liquidazione del compendio aziendale.

¹²² Si veda per le alternative a disposizione del curatore, con soluzione però che andrebbero ripensate alla luce delle riforma del legislatore "lavoristico" in materia dei licenziamenti individuali e collettivi, F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1642 e 1643 e A. PALUCHOWSKY, *La liquidazione*, cit., 601.

¹²³ Così A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, Padova, 2004, 89 s.; D. BENZI, *L'affitto*, cit., 1191, che suggerisce di inserire nel contratto clausole che determinino i criteri attraverso i quali risarcire il concedente, il fallimento, nel caso di azienda originariamente concessa in godimento senza dipendenti e restituita con rapporti di lavoro in corso di esecuzione.

¹²⁴ Così L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1392; A. SCARANO, *La sorte*, cit., 1210.

¹²⁵ Così L. MANDRIOLI, sub *art. 104-bis*, cit., 1392.

Si tratta di una questione su cui la dottrina prima della riforma si era soffermata con interesse, oggi venuto a scemare alla luce delle difficoltà pratiche di un esito siffatto, vista la limitazione temporale dell'affitto imposta dal legislatore, per ragioni di compatibilità con “le esigenze della liquidazione”, e la funzionalizzazione dell'operazione alla futura vendita dell'azienda.

Difficile sarà, ad esempio, immaginare la disposizione dell'affitto endofallimentare in una procedura in cui si pensa di non riuscire a soddisfare nemmeno il prededucibile, essendo la decisione di affittare anche connessa a prospettive della fase liquidatoria, che non possono non contemplare previsioni sull'esito finale della procedura, per cui da escludersi sarebbe l'ipotesi di chiusura *ex art. 118, n. 4 l. fall.*¹²⁶.

Ma una soluzione della crisi d'impresa nel senso della chiusura del fallimento, in assenza di liquidazione dell'azienda del fallito, sia pur improbabile, non può in astratto escludersi.

Non sembra inimmaginabile, per fare alcune ipotesi, che, a seguito della disposizione dell'affitto, si pervenga a chiusura della procedura per mancanza di domande di insinuazione al passivo (art. 118, n. 1, l. fall.) o ancora che vi siano fondi tali da pagare interamente i creditori insinuati e i debiti in prededuazione (art. 118, n. 2, l.fall.): ad esempio, nel caso di notevoli giacenze liquide, o di ottima riuscita nella fase di incasso dei crediti, o nel caso di intervento di terzi al di fuori delle ipotesi concordatarie.

Ma proprio l'ipotesi che si pervenga a un concordato fallimentare in corso d'affitto, e sul perno dell'affitto medesimo, rende realistica la problematica in esame.

Analoghe questioni, poi, e da ciò la possibilità di un esame congiunto delle due ipotesi, potrebbe comportare la revoca della dichiarazione di fallimento. La fattispecie rientrerebbe, a ben vedere, nell'alveo applicativo dell'art. 18, co. 15, l. fall., che prevede la salvezza degli atti compiuti dagli organi della procedura, e dunque anche del contratto d'affitto stipulato¹²⁷.

Sia nel caso di chiusura del fallimento in corso di rapporto d'affitto, che in caso di revoca del fallimento, sembrerebbe mantenere piena efficacia il contratto d'affitto endofallimentare stipulato dal curatore. Il fatto che al curatore si sostituisca, come parte del contratto, l'imprenditore tornato *in bonis* non sembra essere ragione sufficiente per

¹²⁶ Si vedano A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 160.

¹²⁷ Si vedano A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 160.

incidere sulla vincolatività del negozio di concessione in godimento dell'azienda¹²⁸. Si pone però il problema dell'opponibilità all'ormai *ex fallito* di determinate clausole contrattuali, come quella che attribuisca all'affittuario un diritto di prelazione dell'azienda, o, di contro, la possibilità di riconoscere all'imprenditore determinati diritti che le clausole del contratto attribuivano al fallimento, si pensi al diritto di recesso *ex art. 104-bis*, co. 2, l. fall. In entrambi i casi, come in parte già esaminato, i diritti in parola sembrerebbero inscindibilmente legati alla vicenda concorsuale, cosicché non potranno riconoscersi a chiusura o revoca del fallimento, all'affittuario il primo, all'imprenditore di nuovo *in bonis* il secondo.

Ma, ancor più urgente, si pone la questione della disciplina della retrocessione dell'azienda all'*ex fallito* al termine del rapporto d'affitto nei casi in esame.

Non a caso attenta dottrina sul punto ha suggerito l'introduzione di una clausola di scioglimento automatico del contratto in caso di revoca del fallimento¹²⁹, "al fine di temperarne gli effetti, ed evitare che l'imprenditore tornato *in bonis*, si trovi in pratica nell'impossibilità di disporre della propria azienda"¹³⁰.

Viene qui in rilievo, cioè, la possibile applicazione dell'*art. 104-bis*, co. 6, l. fall., anche nel caso in esame, che per gli altri aspetti verrà disciplinato alla stregua di qualunque altra vicenda di retrocessione del compendio, al termine di un contratto d'affitto, all'originario concedente, nei casi di impresa *in bonis*.

Sembrerebbe applicabile al caso di specie la regola dell'esonero dalla responsabilità per i debiti assunti dall'affittuario in corso di gestione. In questo senso, infatti, la posizione del patrimonio dell'*ex fallito* è analoga a quella della massa attiva fallimentare in corso di procedura. L'effetto riallocativo del rischio di impresa opererà non solo nei confronti dei creditori, ma anche dell'*ex fallito* tornato *in bonis*, che altrimenti potrebbe venir pregiudicato da scelte degli organi della procedura, sulla base di valutazioni di convenienza per il ceto creditorio, sul suo patrimonio, in base a prospettive differenti da quelle poi in concreto realizzatesi al momento della retrocessione dell'azienda al termine dell'affitto.

¹²⁸ Si vedano A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 160.

¹²⁹ Si veda B. BAESSATO, sub *art. 104-bis*, cit., 715; F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1632; ID., *L'affitto*, cit., 449.

¹³⁰ Così F. FIMMANÒ, sub *art. 104-bis*, cit., 1632.

Diversa, invece, dovrebbe essere la valutazione con riguardo al richiamo dell'art. 104-*bis*, co. 6, l. fall., agli artt 72 ss. l. fall. Tale complesso di norme presuppone, infatti, ancora in essere la procedura fallimentare, e gli effetti di sospensione dei rapporti pendenti non potranno verificarsi in un differente contesto, tra imprenditori *in bonis*. Per cui appare sostenibile il ritorno all'applicazione dell'art. 2558 c.c. per regolare la successione nei rapporti ancora in corso di esecuzione al termine dell'affitto.

8 La cessione dell'azienda all'acquirente, in caso di cessazione dell'affitto successiva alla vendita.

Finora ci si è occupati del caso della retrocessione dell'azienda alla procedura, a seguito di cessazione del rapporto d'affitto, prima della vendita dell'azienda, in costanza di procedura, o a seguito di revoca o chiusura del fallimento.

Ma cosa avviene nel caso in cui il rapporto d'affitto cessi solo *dopo* che l'azienda sia stata venduta a un terzo acquirente, differente dall'affittuario (perché questi, non essendo titolare di un diritto di prelazione, non abbia partecipato alla procedura competitiva di vendita, o, pur partecipando, non sia stato selezionato come acquirente, o, ancora, là dove per legge o in via pattizia fosse stato concesso un diritto di prelazione all'affittuario sull'azienda, questi abbia deciso di non esercitarlo).

Sembrerebbe sostenibile l'opponibilità del contratto d'affitto endofallimentare all'acquirente dell'azienda: d'altronde, proprio per evitare i problemi connessi a tale eventualità, il curatore avrebbe potuto, prima o in corso di procedura competitiva di vendita endofallimentare, esercitare il diritto di recesso dal contratto *ex art.* 104-*bis*, co. 2, l. fall.

Non vi sarebbero ragioni, poi, per escludere una tale opponibilità, dato che l'acquirente dell'azienda al momento dell'acquisto era sicuramente consapevole della sussistenza e vincolatività per la procedura del contratto d'affitto endofallimentare, per cui non verrebbe leso il suo affidamento a ricevere l'azienda priva di vincoli rappresentati da diritti personali di godimento di terzi.

L'opponibilità del contratto d'affitto all'acquirente dell'azienda è presupposto di alcune questioni in materia di vendita endofallimentare. Come visto, l'art. 105, co.1, l. fall., stabilisce la preferenza per le cessioni in blocco, col limite della maggior soddisfazione dei creditori. Si è discusso¹³¹ se la concessione in godimento dell'azienda tramite l'affitto, con eventuale riconoscimento di un diritto di prelazione all'affittuario, possa rappresentare una preclusione ulteriore all'opzione per la liquidazione atomistica del curatore, anche, per fare un'ipotesi, nel caso di maggior convenienza di quest'ultima, per i creditori, rispetto alla vendita in blocco del compendio. Secondo una parte della dottrina, la concessione della prelazione convenzionale all'affittuario *ex art. 104-bis*, co. 5, l. fall. implicherebbe l'assurgere della prospettiva della vendita unitaria da mera eventualità, sia pur privilegiata, a certezza per l'affittuario e la procedura, visto che una vendita frazionata del compendio vanificherebbe il diritto di prelazione dell'affittuario¹³².

Sul punto si è da altri formulata la tesi, che propone di guardare alla buona fede nell'esecuzione del contratto, arrivando a ipotizzare anche un'estensione della prelazione ai singoli componenti dell'azienda, in sede di liquidazione atomistica¹³³.

Altra questione riguarda la possibilità che la prelazione dell'affittuario sia opponibile anche all'acquirente che in corso d'affitto intenda trasferire l'azienda. Anche in questo caso presupposto del problema è che il contratto d'affitto sia opponibile al compratore a seguito di vendita fallimentare dell'azienda.

Ciò premesso, al termine del rapporto d'affitto, si avrà trapasso diretto dell'azienda dall'affittuario all'acquirente, senza passare per la procedura: e ciò, indifferentemente, nel caso in cui il fallimento, originario concedente, prosegua o si sia chiuso.

Occorre allora chiedersi se e in che termini anche nella fattispecie in esame possa trovare applicazione il disposto di cui all'art. 104-*bis*, co. 6, l. fall.

Riguardo all'esonero dalla responsabilità per le passività assunte dall'affittuario, da parte dell'acquirente, non sembrerebbero porsi problemi di particolare rilievo. L'acquirente dell'azienda non risponderà dei debiti della procedura, né dei debiti assunti

¹³¹ Si veda F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 265 s.; F. FIMMANÒ, *La vendita fallimentare dell'azienda*, in *Contratto e Impresa*, 2007, 541 ss.

¹³² Così, F. FIMMANÒ, *La vendita*, cit., 541 ss.

¹³³ Sul punto, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 265 ss.

dal conduttore nel corso della gestione. Ciò o in forza del disposto di cui all'art 104-*bis*, co. 6, l. fall., non solo per il suo tenore letterale perentorio, ritenuto applicabile a tutte le ipotesi di retrocessione dell'azienda al termine dell'affitto endofallimentare, non solo, dunque, all'ipotesi di ritorno dell'azienda al fallimento¹³⁴, ma anche e soprattutto considerato che, come visto, l'esonero ivi disposto dal subentro nei debiti contratti dall'affittuario sino al momento della retrocessione ha carattere sostanzialmente confermativo della disciplina generale dell'affitto di azienda, cui non si applica la regola dell'art. 2560 comma 2 c.c.; o ancora, può aggiungersi, in applicazione del disposto dell'art. 105, co. 4, l. fall.¹³⁵, la cui efficacia possa essere postergata al momento della cassazione dell'affitto, in cui il compratore conseguirà la disponibilità effettiva dell'azienda, in modo da ricomprendere anche le passività assunte *ex novo* dall'affittuario, eventualmente anche dopo la vendita dell'azienda.

E d'altronde nella fattispecie in esame è forte l'esigenza di non scoraggiare i potenziali interessati all'acquisto dell'azienda, per agevolare la sua ricollocazione sul mercato, in quanto una responsabilità dell'acquirente per i debiti assunti dall'affittuario, in caso di affitto endofallimentare, potrebbe compromettere gli esiti della procedura competitiva di vendita del compendio in sede fallimentare.

Ancora, diversa è invece la questione riguardo ai rapporti contrattuali pendenti, in corso d'esecuzione, al momento della cessazione del rapporto d'affitto. Qui non si avvertono le medesime istanze di tutela di interessi ultraindividuali, come quello del ceto creditorio, che possano giustificare l'operare del meccanismo sospensivo di cui agli artt. 72 ss. l. fall. Per cui, non opererà nel caso in parola il disposto di cui all'art. 104-*bis*, co. 6, l. fall. per la parte in cui richiama le disposizioni di cui alla Sezione IV del Capo III del Titolo II della legge fallimentare. Al contrario, sembrerebbe doversi prospettare l'applicazione del meccanismo di successione automatica, salvo il diritto di recesso del terzo contraente ceduto, *ex art.* 2558 c.c.; la fattispecie sembrerebbe applicabile, infatti, a qualunque vicenda circolatoria dell'azienda, anche di matrice non negoziale, e dunque anche all'ipotesi di retrocessione dell'azienda al termine dell'affitto endofallimentare. Nessuna differenza sembrerebbe ravvisabile tra il caso in parola e

¹³⁴ Si vedano A. GALLONE- M. RAVINALE, *L'affitto*, cit., 160.

¹³⁵ Si veda sul punto, D. VATTERMOLI, sub *art.* 105, cit., 1462 ss.; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 278 ss.

quello della retrocessione dell'azienda al termine dell'affitto, tra imprenditori *in bonis*, a seguito di vendita dell'azienda a un terzo avente causa.

Il fatto che il concedente originario fosse la procedura non ha incidenza sul momento del conseguimento della disponibilità dell'azienda al termine dell'affitto: i rapporti contrattuali in corso di esecuzione passeranno da un imprenditore *in bonis*, l'affittuario, a un altro imprenditore *in bonis*, l'acquirente dell'azienda: per cui nessun problema dovrebbe porsi riguardo l'applicabilità della disposizione di cui all'art. 2558 c.c.

9 *Il fallimento dell'affittuario.*

Da ultimo, va affrontata la questione relativa a un possibile esito negativo dell'impresa dell'affittuario. Come visto, tramite la concessione in godimento dell'azienda l'affittuario acquista, in via esclusiva, la qualità di imprenditore, e procede alla gestione dell'impresa in autonomia rispetto agli organi della procedura.

E' possibile che l'attività di impresa portata avanti dall'affittuario non conduca ai risultati sperati, e, al limite, che anche l'affittuario diventi insolvente rispetto alle obbligazioni assunte nel corso della gestione.

Come visto, il legislatore ha introdotto dei correttivi per evitare il pericolo di una gestione infruttuosa dell'affittuario, che deprima il valore del complesso aziendale, riconoscendo, alla stregua di clausola legale inderogabile del contratto d'affitto, il diritto di recesso del curatore.

Ma è possibile che il curatore non si avveda dell'appropinquarsi dello stato di crisi da parte dell'affittuario, o che, pur accorgendosene, ritenga di non dover scongiurare tale esito eventuale recedendo dal contratto, perché sopravvaluti, ad esempio, le prospettive di ripresa dell'impresa.

Non è dunque impossibile che anche l'affittuario, entrando in stato di insolvenza, venga dichiarato fallito, generandosi un sistema di "scatole cinesi", in cui il fallimento dell'affittuario si innesterà sul fallimento aperto del concedente, con inevitabili punti di contatto e interferenza delle due procedure, sia pur giuridicamente autonome.

Sembrebbe pacifico che il secondo fallimento, quello dell'affittuario, non possa apprendere l'intero complesso aziendale. Dubbi sorgono in merito alla sorte del capitale circolante, visto che, secondo una nota tesi¹³⁶, questo passerebbe in proprietà, a seguito della stipulazione del contratto d'affitto, all'affittuario, che acquista la qualità di imprenditore¹³⁷.

¹³⁶ Circa la sorte del capitale circolante in caso di concessione dell'azienda in affitto o in usufrutto: alla tesi che postula una scissione tra usufrutto e quasi usufrutto (e quindi acquisto in proprietà) o tra diritto personale di godimento e trasferimento in proprietà per l'affitto a seconda della natura dei componenti del complesso aziendale in considerazione (si veda sul punto M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. VASSALLI, X, I, Torino, 1974, 817 ss.; I. LA LUMIA, *Trattato di diritto commerciale*, Milano-Messina, 1940, 240), si contrappone l'opinione, in verità prevalente (si veda G. E. COLOMBO, *Usufrutto e affitto d'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. III, *L'azienda e il mercato*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1979, 225 ss. per l'usufrutto, 287 ss. per le analoghe problematiche in materia di affitto; A. DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, Milano, 1950, 186; F. FERRARA JR., *La teoria giuridica*, cit., 396 e per l'affitto in via specifica 425 s.; G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., 275; di recente anche F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 288 ss.), che riconduce a unitarietà, nel senso del diritto di godimento, la situazione giuridica sui beni aziendali in capo all'avente causa; ciò in ragione sia della ritenuta incompatibilità di una costruzione bipartita con la disciplina positiva in materia di usufrutto e affitto d'azienda nell'ordinamento italiano (si pensi ad esempio alla necessità, aderendo alla tesi contraria, di ipotizzare un atto traslativo dei beni trasferiti in proprietà al momento della retrocessione dell'azienda ad affittante o nudo proprietario), in assenza di una norma del tenore del § 1067 BGB nel nostro ordinamento, sia della non necessità di una costruzione che rimandi all'acquisto in proprietà del capitale circolante, onde giustificare il potere di disposizione dell'usufruttuario e affittuario sui beni in questione (sul punto G. E. COLOMBO, *Usufrutto*, cit., 225 ss. e 288 ss.). Ma a ben vedere questioni simili venivano già in rilievo anche in ordine al contratto di deposito, il quale, qualora abbia ad oggetto cose consumabili, assume la particolare connotazione di deposito irregolare. La dottrina risulta divisa tra chi tende a negarne la stessa natura di deposito (essendo la consumabilità dei beni incompatibile con l'obbligo di custodia che dovrebbe scaturire in capo al depositario e che costituisce, secondo i più, la causa o ragione economica essenziale del contratto di deposito), assimilandolo piuttosto al contratto di mutuo (così F. MESSINEO, *Il prestito di titoli al portatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, I, 613; L. LORDI, *Istituzioni di diritto commerciale*, II, Padova, 1943, 382), e chi invece tende a sminuire la custodia per esaltare altri elementi, compatibili con entrambe le figure di deposito, regolare e irregolare (in tal senso R. BRACCO, *I depositi a risparmio*, Padova, 1939, 108 ss.; E. SIMONETTO, *Deposito irregolare*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 532 ss.). Ad ogni modo, nel caso del deposito irregolare, non sembra possa esservi dubbio, a differenza dei casi precedentemente detti, che i beni consumabili (denaro o altre cose fungibili) siano trasferiti in proprietà al depositario, come esplicitamente stabilisce l'art. 1782 c.c.. Sul punto si vedano le osservazioni di A. DALMARTELLO-G. B. PORTALE, *Deposito (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, 2° edizione, XII, 269 ss.

¹³⁷ Interessante un cenno all'analogo dibattito nell'ordinamento tedesco, circa la natura della situazione giuridica oggetto di concessione, nell'*Unternehmenspachtsvertrag*. I dubbi in merito sono vari. In particolare può rilevarsi che: sui beni mobili e immobili, facenti parte del complesso aziendale oggetto della vicenda, in linea generale viene in rilievo un diritto di godimento, oltre alla disponibilità materiale del bene (ma è ricorrente l'affermazione per cui oggetto di concessione sarebbe il *Besitz*, come "*tatsächliche Herrschaft über eine Sache, auch wenn diese Herrschaft gegebenenfalls nicht rechtmäßig besteht*", cioè la signoria di fatto su una cosa, anche se a tale dominio fattuale non corrisponde la titolarità di una situazione giuridica: tale impostazione va considerata nell'ambito peculiare dell'*Handelsrecht* tedesco come visto, e potrebbe suonare equivoca al lettore italiano).

Non può però non considerarsi l'opinione secondo cui, prendendo le mosse da considerazioni empiriche, per le cose consumabili o comunque destinate alla sostituzione ed al ricambio all'interno del

Riguardo, invece, all'eventuale credito per la differenza tra consistenze di inventario, sull'ufficio fallimentare del primo fallimento graverà l'onere di insinuarsi al passivo del secondo¹³⁸.

Relativamente, infine, alla sorte del contratto d'affitto, parte della dottrina, prima della riforma aveva negato l'operatività dell'art. 80, l. fall., testo previgente, norma che si riteneva non applicabile all'affitto d'azienda, e ritenuto al contrario rilevante nella fattispecie in esame il disposto di cui all'art. 1626 c.c. che prevede che l'insolvenza dell'affittuario comporti lo scioglimento del contratto d'affitto.

La soluzione andrebbe rimeditata nel panorama normativo post-riforma, che, com'è noto, disciplina specificatamente la sorte dell'affitto d'azienda preesistente al fallimento, all'art. 79 l. fall., che si ritiene¹³⁹ si occupi sia del fallimento del concedente che di quello dell'affittuario. In questo caso, probabilmente, potrebbe ritenersi applicabile la norma menzionata, non rilevando in senso ostativo, per il secondo fallimento, la "insolita" natura del concedente.

La curatela del fallimento dell'affittuario potrebbe decidere di recedere o meno dal contratto, con necessità, in quest'ultimo caso, di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito¹⁴⁰.

ciclo produttivo (come è proprio del cosiddetto capitale circolante) si verificherebbe un trasferimento della proprietà. Da ciò i dubbi circa gli effetti della concessione in affitto del complesso aziendale sulla titolarità di tali cose in mancanza di un esplicito accordo delle parti. Nella dimensione peculiare dell'ordinamento tedesco si è ritenuto¹³⁷ che laddove i beni soggetti a consumo risultino necessari all'esercizio dell'attività di impresa del *Pächter*, almeno nei limiti della gestione ordinaria dell'impresa medesima, questi dovrebbero considerarsi come oggetto di trasferimento. E, d'altronde, si è già fatto notare come poiché gli stessi nella maggior parte dei casi condizionano la possibilità di esercitare l'attività di impresa da parte del *Pächter*, si avrà subentro nel godimento di tali diritti per il tempo del contratto, laddove un tale subentro sia giuridicamente possibile. È sempre dunque la funzionalizzazione dell'affitto d'azienda a consentire l'esercizio dell'impresa da parte dell'affittuario a rappresentare la bussola per orientare le scelte dell'interprete nell'ordinamento tedesco, in caso di lacune dispositive, legislative o pattizie, in materia. Laddove il bene ricompreso nel complesso aziendale non venga espressamente menzionato nel contratto, sarà oggetto di concessione se funzionale all'esercizio dell'impresa da parte del *Pächter*; e da ciò, oltre che dalla natura del bene, dipenderà la stessa situazione giuridica oggetto della *Überlassung*, trasferimento della proprietà o concessione di un diritto di godimento.

¹³⁸ Così nel panorama della disciplina pre-riforma, G.C.M. RIVOLTA, *L'affitto*, cit., 157 ss.

¹³⁹ Si veda *ex multis* R. ROSSI, *L'affitto*, cit., 433 ss.

¹⁴⁰ Ma sulle interferenze tra la disciplina di cui all'art. 79 l. fall. e quella di cui all'art. 104-bis, l. fall. con riguardo al fallimento dell'affittuario si veda R. ROSSI, *L'affitto*, cit., 433 ss.; F. FIMMANÒ, *Gli effetti*, cit., 229 ss.

Le incertezze sul punto suggeriscono comunque di regolare la fattispecie in via pattizia, inserendo una clausola di scioglimento automatico del contratto a seguito di fallimento dell'affittuario.

BIBLIOGRAFIA:

- AA. VV., *Atti del convegno di Latina del 21 novembre 1992, Impresa in crisi: conservazione affitto e prelazione*, in *Dir. fall.*, 1993, I, 197 ss.;
- AA. VV., *Atti del convegno di Verona 28-29 ottobre 1977, L'uso alternativo delle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 321 ss.;
- AA. VV., *La prassi dei Tribunali italiani in materia di fallimento*, Milano, 1982;
- AA. VV., *Crisi dell'impresa e insolvenza, Atti del Convegno. Isernia, 18 ottobre 2003*, in *Quaderni di giur. comm.*, Milano, 2005;
- ABETE L., sub art. 28, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO, I, Bologna, 2007;
- AGHION P. - HART O. - MOORE J., *Improving Bankruptcy Procedure*, in *Washington University Law Quarterly*, 72, 1994, 849 ss.;
- ALESSI G., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000;
- ALESSI R., *Prelazione e riscatto: un'ipotesi di esecuzione in forma specifica?*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 416 ss.;
- AMBROSINI S., *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *www.ilcaso.it*;
- AMBROSINI S., *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda*, in *Il fallimento*, a cura di S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di G. COTTINO, Padova, 2009, 538 ss.;
- ANGELICI C., *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G. PORTALE, II, 1, Torino, 1991;
- APICE U. - MANCINELLI S., *Diritto fallimentare*, Torino, 2008;
- APICE U., *Le procedure concorsuali e le esigenze di conservazione dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 1993, I, 201 ss.;
- APICE U., *Modi e termini nell'esercizio del diritto di prelazione*, in *Dir. fall.*, 1993, I, 612 ss.;
- ARATO M., *Il concordato con continuità aziendale*, in *www.ilfallimentarista.it*;
- ARMOUR J., *The Law and Economics of Corporate Insolvency: A Review*, Cambridge, 2001;
- ARRIGO G., *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, II, Milano, 2001;
- ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962;
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960;
- AULETTA G., *Alienazione dell'azienda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1233 ss.;
- AULETTA G., *Dell'Azienda*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di A. Scialoja- G. Branca, Bologna-Roma, 1956;
- AULETTA G., *Fine dell'usufrutto e variazioni nella composizione della azienda*, in *Impresa e società, Scritti in Memoria di Alessandro Graziani*, Napoli, 1968;

- AULETTA G., *Note in tema di circolazione dell'azienda*, in *Riv. soc.*, 1963, 462 ss.;
- AULETTA G., *Trasferimento d'azienda e trasferimento dei crediti e dei debiti di impresa tra le parti*, in *Studi in onore di Zingali*, III, Milano, 1965, 55 ss.;
- AULETTA G., voce *Avviamento*, in *Enc. Del dir.*, IV, Milano, 1959, 639 ss.;
- AZZOLINA, U., *Il fallimento*, 2 ed, Torino, 1961;
- BAESSATO B., sub *art. 104-bis*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2013, 713 ss.;
- BARBERO D., *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952;
- BARCELLONA E., *Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell'istituto?*, in *Atti del V Convegno di Orizzonti del Diritto Commerciale*, 7-9, in www.orizzontideldirittocommerciale.it;
- BARTOLIN M.G., *L'apertura della procedura di amministrazione straordinaria: requisiti sostanziali*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di C. COSTA, Torino, 2008;
- BARZAGHI A., *Danni da ritardata restituzione nell'affitto d'azienda*, in *Contratti*, 2000, 1146 ss.;
- BASILE F., *Mancato esercizio del diritto di prelazione ed obbligo di rinnovazione della denuntiatio*, nota a Cass. 21 maggio 1991, n. 5731, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 114 ss.;
- BASSI A., *L'affitto di azienda*, in *Trattato di diritto fallimentare*, a cura di V. BUONOCORE e A. BASSI, III, Padova, 2011, 319 ss.;
- BASSI A., *Riflessioni sull'affitto di azienda e sull'affitto di opificio nel fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 335 ss.;
- BASTIA P., *Pianificazione e controllo dei risanamenti aziendali*, Torino, 1996;
- BAVETTA G., *Il diritto dell'impresa in crisi*, in *Dir. fall.*, I, 1988, 355 ss.;
- BEBCHUCK L.A., *A New Approach to Corporate Reorganizations*, in *Harvard Law Review*, 101, 1988, 775 ss.;
- BENEDETTI G., *La prelazione nella vendita dei fondi rustici*, in *Riv. not.*, 1974, 900 ss.;
- BENTLER H., *Das Gesellschaftsrecht der Betriebsaufspaltung- Insbesondere die Verzahnung der Gesellschaftsverträge*, Baden Baden, 1986, 42 ss.;
- BENUSSI C., *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, nota a Cass. pen., sez. V, 24 maggio 2006, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2007, 421 ss.;
- BENZI, D., *L'affitto d'azienda*, in *Fallimento e altre procedura concorsuali*, a cura di F. FAUCEGLIA- L. PANZANI, Milano, 2009, II, 1181 ss.;
- BERGFELD C., *Deutschland, Handelsrecht*, in H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III/3, *Das 19. Jahrhundert, Gesetzgebung zu den Privatrechtlichen Sondergebieten*, München , 1986, 2963 ss.;
- BERNARDINI M., *La prelazione urbana fra diritto comune e leggi speciali*, in *Contr. e imp.*, 1985, 454 ss.;
- BERNARDINI P., *Comodato d'azienda, usufrutto d'azienda ed intrasmissibilità dell'autorizzazione di polizia*, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 1051;

- BERTACCHINI E., *L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo*, in AA. VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, 333 ss.;
- BETTI E., voce *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 529 ss.;
- BETTINI R., *Sull'esercizio provvisorio inteso come strumento di economicità dell'azienda dichiarata fallita*, in *Riv. dott. comm.*, 1967, 457 ss.;
- BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000;
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, Torino, 1993;
- BIGLIAZZI GERI L., *L'usufrutto, Appunti delle lezioni*, Milano, 1977;
- BIGLIAZZI GERI L., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I-II, Milano, 1971-1974;
- BIGLIAZZI GERI L., *Usufrutto, uso e abitazione*, Milano, 1979;
- BINZ K.- RAUSER K.-D., *Betriebliche Altersversorgung bei Betriebsaufspaltung*, in *BB Betriebs Berater* 1980, 897 ss.;
- BLACK F.- SCHOLE M., *The pricing of options and corporate liabilities*, in *Journal of Political Economics*, 81, 1973, 637 ss.;
- BONELLI G., *Del fallimento*, in *Commentario al codice di commercio*, II, Milano, 1938-1939;
- BONFATTI S.- CENSONI P.F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2004;
- BONGIORNO A., *La liquidazione dell'attivo nel fallimento*, *Dir. Fall.*, 2013, 2, 135 ss.;
- BONILINI G., *La prelazione volontaria*, Milano, 1984;
- BONILINI G., *La "denuntiatio" nella prelazione volontaria*, in *Contratti*, 1993, 106 ss.;
- BONSIGNORI A., *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. GALGANO, Cedam, Padova, 1986;
- BONSIGNORI A., *Liquidazione dell'attivo*, in *Commentario Scialoja-Branca della legge fallimentare*, Bologna Roma, 1976, sub art. 104, 33 ss.;
- BONSIGNORI A., *Profilo sistematico delle vendite fallimentari*, Napoli, 1963;
- BORRÉ G., *Prelazione agraria ed esecuzione forzata*, in *Riv. dir. agr.*, 1981, II, 135 ss.;
- BORRÉ G., *Vendite forzate e prelazione del conduttore urbano*, nota a Cass. 13 gennaio 1981, n. 295, in *Foro it.*, 1981, I, 689 ss.;
- BOZZA G., *L'approvazione del programma di liquidazione e l'autorizzazione dell'esecuzione degli atti ad esso conformi*, in *Fall.*, 2008, 1057 ss.;
- BOZZA G., *La vendita dell'azienda nel fallimento*, in *Fall.*, 1987, 292 ss.;
- BRACCO R., *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, 1960;
- BRACCO R., *I depositi a risparmio*, Padova, 1939;
- BRAN E., *La prelazione dell'affittuario nell'acquisto dell'azienda*, in *Fall*, 1999, 757 ss.;
- BRUNORI E., *Del comodato*, in *Commentario del codice civile*, a cura di D'Amelio e Finzi, Firenze, 1949;
- BURGARD U., § 22 HGB, in *Staub Handelsgesetzbuch*, a cura di C.W. CANARIS, M. HABERSACK, C. SCHAEFER, vol. I, 5 ed., Berlin, 2009;
- BUSNELLI F.D., *La lesione del credito da parte del terzo*, Milano, 1964;
- CAFFÈ F., *Diritto ed economia: un difficile incontro*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 6 ss.;
- CAIAFA A., *Fallimento: affitto dell'azienda e sorte dei rapporti di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 1993, 601 ss.;

- CAIAFA A., *L'affitto d'azienda nei rapporti di lavoro*, in *Dir. fall.*, 1993, 627 ss.;
- CAIAFA A., *L'azienda: suoi mutamenti soggettivi nella crisi d'impresa*, Padova, 1990;
- CAIAFA A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2004;
- CAIAFA A., *L'impresa in crisi: esigenze di conservazione e normativa comunitaria*, in *Dir. fall.*, 1993, 1, 222 ss.;
- CALANDRA BONAURA, V., *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, a cura di F. BARACHINI, Torino, 2014;
- CALANDRA BONAURA, V., *Liquidazione dell'attivo fallimentare: profili problematici e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. fall.*, 2003, I, 161 ss.;
- CAMPOBASSO, G. F., *Diritto commerciale, I, Diritto dell'impresa*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2008;
- CANARIS C.W., *Handelsrecht*, 24 ed., München, 2006;
- CANARIS C.W., *Unternehmenskontinuität als Haftungs- und Enthafungsgrund im Rahmen von § 25 HGB?*, in *Festschrift für Frotz*, Wien, 1993, 11 ss.;
- CAPRIO L., *L'efficienza economica delle procedure di gestione del dissesto in Italia, un'interpretazione delle evidenze empiriche della ricerca*, in *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia: un'analisi economica*, Milano, Studi e Ricerche del Microcredito Lombardo, 1997;
- CAPUTO E., *Prelazione legale e vendita fallimentare*, nota a Trib. Sanremo, 3 aprile 1980, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1787 ss.;
- CARABELLI, U., *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, 70 ss.;
- CARLEO R., *Prelazione legale e interessi dei creditori*, Milano, 2000;
- CARMIGNANI S., *Affitto di azienda e fallimento*, *Fall.*, 12, 2012, 1465 ss.;
- CARNELUTTI, F., *Lezioni di diritto processuale civile*, II ed., Padova, 1931;
- CARRESI F., *Il comodato, il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1954;
- CARRESI F., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1987;
- CARTELLA M., *La ditta*, Milano, 1996;
- CASA F., *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art. 186 bis l. fall.*, in *Fallimento*, 2013, 1383 ss.;
- CASANOVA M., *Cessione dell'azienda del fallito, obbligo di non concorrenza ecc.*, nota a Comm. Centr. Imposte, 22 febbraio 1940, in *Riv. dir., fin.*, 1941, II, 165 ss.;
- CASANOVA M., *Impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, X, I, Torino, 1974;
- CASANOVA M., *Le imprese commerciali*, Torino, 1955;
- CASANOVA M., *Rivendicazione di azienda nel sistema del codice civile del 1942*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, II, 321 ss.;
- CASANOVA M., voce *Ditta*, in *Novissim. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, I, 1 ss.;

- CASAROTTO G.G., *Il diritto di prelazione*, in *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, diretto da L. COSTATO, Padova, 1994;
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006;
- CASTRONOVO C., *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Rass. crit. Dir. priv.*, 1989, 539 ss.;
- CENICCOLA A., *Il programma di liquidazione*, in *Fallimento e concordati*, a cura di P. CELENTANO- E. FORGILLO, Torino, 2008;
- CENSONI P., *Custodia ed amministrazione delle attività fallimentari*, in *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di S. BONFATTI- P. CENSONI, Padova, 2011;
- CENSONI P., *La sorte dei rapporti pendenti nel fallimento nel caso di affitto di azienda*, in *Giur. Comm.*, I, 2003, 333 ss.;
- CHEFFINS B.R., *Company Law: Theory, Structure and Operation*, Oxford, 1997;
- CHIOMENTI F., *Se l'art. 2558 primo comma cod. civ. sia applicabile all'ipotesi di risoluzione del contratto di affitto d'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 145 ss.;
- CIAN G. *La trascrivibilità del preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, 216 ss.;
- COLOMBINI D., *La liquidazione dell'attivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, III, a cura di L. Panzani, Torino, 2012;
- COLOMBO G. E., *Usufrutto e affitto d'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. III, *L'azienda e il mercato*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1979;
- COLOMBO G.E., *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e debiti aziendali*, Padova, 1972;
- COLOMBO G.E., *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano, III, Padova, 1979;
- CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI - ASSONIME, *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, in www.commercialisti.it, 2015;
- COPPOLA A., sub art. 52, in *La riforma della legge fallimentare*, I, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, Torino, 2006, 327 ss.;
- CORRADINI L., *Il diritto di prelazione nell'esecuzione forzata immobiliare*, in *Atti del convegno nazionale "La vendita immobiliare nell'ambito delle procedure esecutive e concorsuali"*, Roma, 1988, 83 ss.;
- CORRADINI, L., *Liquidazione dell'attivo fallimentare e diritto di prelazione: vecchie certezze, nuovi interrogativi*, in *Fall.*, 1987, 250 ss.;
- COSTA C., *L' amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi in stato di crisi*, Torino, 2008;
- COTTINO G., *Diritto commerciale*, I, Padova, 1986;
- COVINO G.- JEANTET L., *Il concordato con continuità aziendale: compatibilità con l'affitto d'azienda e durata poliennale del piano*, in www.ilfallimentarista.it;
- CUPINI D., *Brevi note sulla differenza tra la vendita in blocco e la vendita cumulativa nel sistema della Legge n. 392 del 1978*, in *Riv. not.*, 2005, 1078 ss.;

- D'ADAMO P., *I diversi possibili ruoli del notaio nella fase di liquidazione della nuova procedura fallimentare*, in *Studi e Materiali CNN*, Milano, 2011.
- D'AQUINO F., sub art. 104-ter, in *La legge fallimentare*, a cura di M. FERRO, PADOVA, 2007, 192 ss.;
- D'ARCANGELO, L., *Trasferimento di azienda in crisi e concordato preventivo non omologato: la deroga all'art. 2112 c.c. non opera*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 169 ss.;
- D'ORAZI FLAVONI M., *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950;
- D'ORAZIO, L., *Il nuovo diritto fallimentare*, Roma, 2007;
- DAGNINO, A., *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983;
- DAIGLE K. H.- MALONEY M. T., *Residual Claims in Bankruptcy: An Agency Theory Explanation*, in *Journal of Law & Economics*, 37, 1994, 157 ss.;
- DALMARTELLO A.- PORTALE G. B., *Deposito (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, 2 ed., XII, 269 ss.;
- DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962;
- DANIELE, L., *Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 33 ss.;
- DE GIOIA- CARABELLESE P., *Le insolvenze civili e commerciali nel Regno Unito, in un'analisi comparata con la legislazione italiana*, in *Dir. Fall.*, 6, 2011, 532 ss.;
- DE LUCA M., *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori, in caso di trasferimento di azienda, nel diritto comunitario: una "condanna", una "assoluzione per insufficienza di prove" ed altri suggerimenti della Corte di Giustizia per l'adeguamento dell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 1989, IV, 11 ss.;
- DE LUCA M., *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda: funzione del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di Giustizia nella interpretazione ed applicazione della nuova disciplina nazionale – Prime considerazioni sull'art. 47 della "legge comunitaria del 1990"*, in *Foro it.*, 1991, IV, 288 ss.;
- DE MARTINI A., *Adempimento inadempimento ed esecuzione specifica della promessa di prelazione*, in *Giust. civ.*, 1952, 178 ss.;
- DE MARTINI A., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1983;
- DE MARTINI A., *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956;
- DE MARTINI A., *L'usufrutto d'azienda*, Milano, 1950;
- DE MARTINI A., *Lineamenti del patto di prelazione nella fase di adempimento*, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1949, II, 1057 ss.;
- DE MARTINI A., *Sull'ammissibilità d'un comodato modale*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1944, 95 ss.;
- DE MARTINI A., *Profilo contrattuale della "vendita forzata" nell'esecuzione singolare e fallimentare*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, III, 189 ss.;
- DE MARTINI C., *La prelazione dell'affittuario di azienda nel corso delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 1993, 1, 260 ss.;
- DE SEMO G., *Diritto fallimentare*, Padova, 1961;

- DELOGU S., *Cessione di quota d'azienda*, in *Contr. impr.*, 1994, 505 ss.;
- DENOZZA F., *A che serve il capitale? (piccole glosse a L. ENRIQUES-J.R. MACEY, Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules)*, in *Giur comm.*, 2000, I, 585 ss.;
- DI AMATO A., *Trasferimento non negoziale dell'azienda e successione nei contratti*, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 1493 ss.;
- DI GRAVIO D., *Il diritto di prelazione dell'affittuario nella l. 23 luglio 1991, n. 223*, in *Dir. fall.*, 1993, I, 203 ss.;
- DI GRAVIO D., *La partecipazione del giudice delegato al collegio del reclamo* in *Fall.*, 1997, 1100 e in *Dir. fall.*, 1997, II, 863 ss.;
- DI GRAVIO D., *La prelazione dell'affittuario nella vendita fallimentare dell'azienda nelle prime sentenze della Corte di cassazione*, in *Dir. fall.*, 1996, II, 43 ss.;
- DI GRAVIO D., *La situazione dell'affittuario e il diritto di prelazione*, in *Dir. fall.*, 1993, I, 615 ss.;
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987;
- DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1990;
- DIMUNDO F. - CRISTIANI E., *Affitto di azienda e fallimento*, in *Fallimento*, 2003;
- DIMUNDO F., *La sorte dei contratti pendenti. Contratti che continuano salva diversa decisione del curatore*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, Padova, 2007, 259 ss.;
- ECKERT H.G., § 108, in H. P. KIRCHHOF, H. J. LWOWSKI, R. STÜRNER, *MünchKommInsO*, vol. II, 3 ed., Muenchen, 2013;
- EHRICKE U., *Beschlüsse einer Gläubigerversammlung bei mangelnder Teilnahme der Gläubiger*, NZI *Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung*, 2000, 57 ss.;
- EIDENMÜLLER H., *vor § 217 bis 269*, in H. P. KIRCHHOF, H. J. LWOWSKI, R. STÜRNER, *MünchKommInsO*, 3 ed., Muenchen, 2013;
- EIDENMÜLLER H., § 217, in H. P. KIRCHHOF, H. J. LWOWSKI, R. STÜRNER, *MünchKommInsO*, vol. III, 3 ed., München, 2013;
- EINAUDI, L., *Intorno al credito industriale- Appunti*, in *Riv. Soc. comm.*, 1911, 119-120;
- ENRIQUES L.-MACEY J.R., *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2002, 78 ss.;
- ENRIQUES L.-MACEY, J.R., *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules*, in *86 Cornell Law Rev.*, (2001), 1171 ss.;
- ENRIQUES, L., *Legal Capital, Financial Information and Net Assets: A Reply to Francesco Denozza (Capitale Sociale, Informazione Contabile e Sistema Del Netto: Una Risposta a Francesco Denozza)*, in *Giur. Comm.*, I, 607 ss.;
- ESPOSITO C., *Riflessioni in tema di "approvazione" parziale del programma di liquidazione*, in *Fall.*, 2010, 364 ss.;
- ESSER H.P., § 157, in *Insolvenzordnung*, a cura di E. BRAUN, 6 ed., München, 2014;
- FABBIO P., *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Napoli, 2011;

- FABBRINI, M., *Note sopra una ipotesi di bancarotta fraudolenta per distrazione di beni dovuta ad affitto di azienda precedente al fallimento*, nota a Tribunale Siena, 2 luglio 2004, in *Dir. Fall.*, 2006, II, 220 ss.;
- FABIANI M.- NARDECCHIA R., sub art. 186-bis, *Concordato con continuità aziendale*, in *Legge fallimentare. Formulario commentato*, Assago, 2014;
- FABIANI M., *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009;
- FABIANI M., *Riforma <<condivisa>> della legge fallimentare: un'impresa possibile*, in *Foro it.*, 2004, V, 125 ss.;
- FELIX G., *Kölner Handbuch der Betriebsaufspaltung und Betriebsverpachtung*, Köln, 4 ed., 1979;
- FERRARA F., *Il fallimento*, Milano, 1966;
- FERRARA JR. F., *La teoria giuridica dell'azienda*, Milano, 1982;
- FERRARI G., *Azienda (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 685 ss.;
- FERRETTI A., *Prelazione e affitto di azienda con immobili*, in *Dir. fall.*, 1993, 1, 247 ss.;
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. ANGELICI e G.B. FERRI, Torino, 2010;
- FERRI JR., G., *Forme di esercizio dell'impresa fallita*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 1, 1, 183;
- FICHELTMANN H., *Betriebsaufspaltung in Steuerrecht*, 8 ed., Heidelberg, 1994;
- FICO D., *Domanda di concordato con riserva, affitto d'azienda e concordato in continuità*, in www.ilfallimentarista.it;
- FIMMANÒ F., *Esercizio provvisorio dell'impresa e riallocazione dell'azienda nella riforma della legge fallimentare*, reperibile on-line in www.odeclatina.it;
- FIMMANÒ F., *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2001;
- FIMMANÒ F., *Gli effetti del fallimento sull'affitto di azienda preesistente*, in *Contratti in esecuzione e fallimento. La disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2007, 228 ss.;
- FIMMANÒ F., *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, in *Dir. fall.*, 2007 I, 439 ss.;
- FIMMANÒ F., *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. Soc.*, 2010, 57 ss.;
- FIMMANÒ F., *La circolazione dell'azienda nel fallimento*, *Riv. notariato*, 2 e 3, 2007, 255 ss. e 537 ss.;
- FIMMANÒ F., *La crisi delle società di calcio e l'azienda sportiva*, in *Dir. fall.*, I, 2006, 30 ss.;
- FIMMANÒ F., *La vendita fallimentare dell'azienda*, in *Contratto e Impresa*, 2007, 537 ss.;
- FIMMANÒ F., *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 759 ss.;
- FIMMANÒ F., sub art. 104, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO, II, Bologna, 2007, 1584 ss.;
- FINCH V., *The Measures of Insolvency Law*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 17 (1997), 227-251, 230 ss.;

- FINCH, V., *Corporate Insolvency Law Perspectives and Principles*, 2 ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 43 ss.;
- FLESSNER A., § 159, in G. KREFT, *InsO, Heidelberg Kommentar*, V, Heidelberg, 2008;
- FLESSNER A., *Philosophies of Business Bankruptcy Law, an International Overview*, in J. S. ZIEGEL, *Current Developments In International and Comparative Insolvency Law*, Oxford, 1994;
- FLESSNER A., vor § 217 *InsO*, in G. KREFT, *Insolvenzordnung*, VI, Heidelberg, 2011;
- FLETCHER, I., *The Law of Insolvency*, 4 ed., Sweet and Maxwell, London, 2009;
- FOGLIA L., *Accordo sindacale in occasione di cessione d'azienda appartenente ad un'impresa insolvente e diritto comunitario*, in *Dir. lav.*, 2000, II, 183 ss.;
- FOGLIA R., *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'evoluzione del diritto sociale comunitario e le prospettive per il futuro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, n. 27, 96 ss.;
- FOGLIA R., *Trasferimenti di aziende, procedure concorsuali <<conservative>> e diritto comunitario*, in *Dir. lav.*, 1991, II, 329 ss.;
- FONTANA R., *Il programma di liquidazione*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. AMBROSINI, Bologna, 2008;
- FRAGALI M., *Comodato*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 2^a ed., Bologna-Roma, 1966;
- FUMAGALLI, L., *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 677 ss.;
- FUNKE R., *Der Insolvenzplan des Entwurfs der Insolvenzordnung im Lichte der Erfahrungen mit dem amerikanischen Reorganisations- und Schuldenregulierungsrecht*, in *Für Recht und Staat : Festschrift für Herbert Helmrich zum 60.*, a cura di K. Letzger, Muenchen, 1994, 627 ss.;
- FURGIUELE G., *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984;
- GABRIELLI G. *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 533 ss.;
- GABRIELLI G., voce *Prelazione (patto di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, 5 ss.;
- GAGLIANO, B., *Fallimento e affitto d'azienda: la liquidazione dell'attivo*, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 7/8, 2010, 32 ss.;
- GALANTI E., *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, in *Banca d'Italia - Quaderni di ricerca giuridica*, 2000, 51 ss.;
- GALANTI E., *L'azienda come garanzia: la floating charge inglese*, in *Fall.*, 2002, 979 ss.;
- GALETTI D., *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006;
- GALETTI D., *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto di azienda*, in www.ilfallimentarista.it;
- GALLONE A.- RAVINALE M., *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma della legge fallimentare*, Ipsoa, Milano, 2008;

- GARDELLA, A., *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca borsa*, 5, 2015, 587 ss;
- GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, I, in *Il codice civile. Commentario*, a cura di P. SCHLESINGER, Milano, 1998, 742 ss.;
- GENOVESE A., *Effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. Prime considerazioni sulle novità della riforma*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 1137 ss.;
- GIORGETTI M.C. - CLEMENTE F., *La legge fallimentare commentata. Linee interpretative e profili operativi dopo gli interventi di riforma*, Milano, 2008;
- GIOVATI A., *L'efficacia*, in *La prelazione volontaria*, a cura di G. BONILINI, A. GIOVATI, A. GUIOTTO, A. MORA, Milano, 1993, 46 ss.;
- GIOVETTI A., *Art. 80 bis. Contratto di affitto di azienda*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2006, I, 1289 ss.;
- GOERG K., §159, *InsO*, in H.P. KIRCHHOF, H. EIDENMUELLER, R. STUERNER, *MünchKommInsO*, II, München, 2002;
- GRANDI M., *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, Milano, 1972;
- GRAVENBRUCHER K., *Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung der InsO, des BGB und anderer Gesetze*, *ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*, 2003, 1220 ss.;
- GRAWE D., *Der Ablauf des US-amerikanischen Chapter 11-Verfahren*, *ZInsO Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, 2012, 158 ss.;
- GRAZIANI A., *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959;
- GRAZIOSI, *Sulla responsabilità del titolare dell'azienda per i debiti contratti dall'usufruttuario o dall'affittuario*, in *Riv. dir., civ.*, 1970, I, 323 ss.;
- GRECO P., *Corso di diritto commerciale*, Milano, s.d. ma 1957;
- GRECO P., *Sul patto di prelazione per la cessione di una quota di accomandante*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, 2, 240 ss.;
- GRECO V., *Il fallimento da esecuzione collettiva a espropriazione dell'impresa*, Milano, 1984;
- GROSS P.J., *Grundsatzfragen der Unternehmenssanierung*, in *DStR Deutsches Steuerrecht*, 1991, 1572 ss.;
- GROSSI P., *Itinerari dell'impresa*, in «*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*», 28, 1999, tomo II, 999 ss.;
- GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, 2000;
- GRUNDLACH U., FRENZEL V., JAHN A., *Die Haftungsfreistellung des Insolvenzverwalter durch Beschlussfassung des Gläubigerausschusses*, *ZInsO- Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, 2007, 363 ss.;
- GUALANDI L., *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007;
- GUATRI L., *La valutazione delle aziende. Teoria e pratica dei paesi avanzati a confronto*, Milano, 1990;
- GUATRI L., *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995;
- GUERNELLI M., *La cessione di azienda nel fallimento*, in *Dir. fall.*, I, 1997, 1198;

- GUERRERA F., *Struttura finanziaria, classi dei creditori e ordine delle prelazioni nei concordati delle società di capitali*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. FORTUNATO, G. GIANNELLI, F. GUERRERA, M. PERRINO, Milano, 2011, 252 ss.;
- GUERRIERI G., sub art. 72, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2013;
- GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2013;
- GUGLIELMUCCI L., *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, sub art. 80, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di F. BRICOLA, G. SANTINI, F. GALGANO, Bologna-Roma, 1979;
- GUGLIELMUCCI L., *Formulario annotato delle procedure concorsuali*, Padova, 2012;
- GUIOTTO A., *La disciplina*, in *La prelazione volontaria*, a cura di G. BONILINI, A. GIOVATI, A. GUIOTTO, A. MORA, Milano, 1993, 172 ss.;
- GUIOTTO A., *La qualificazione*, in *La prelazione volontaria*, a cura di G. BONILINI, A. GIOVATI, A. GUIOTTO, A. MORA, Milano, 1993, 46 ss.;
- GUYON Y., *Droits des affaires. Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire-Faillite*, 5 ed., II, Paris, 1995;
- HAGAN S., *Promoting Orderly and Effective Insolvency Procedures, Finance & Development*, March 2000, 50 ss.;
- HAGAN, S., *Promoting Orderly and Effective Insolvency Procedures, Finance & Development*, March 2000, 50 ss.;
- HAGEBUSCH A.- OBERLE T., *Gläubigerbefriedigung durch Unternehmenssanierung: die übertragende Sanierung - Eine Bestandsaufnahme vor dem Hintergrund jüngster InsO-Reformen*, NZI Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung, 2006, 618 ss.;
- HARKE J.D., § 581, in *MünchKommBGB*, 5 ed., München, 2008;
- HART O.- MOORE J., *Default and Renegotiation: A Dynamic Model of Debt*, Nber W.P. 5907, 1997;
- HEIDINGER A., § 22 HGB, in K. SCHMIDT, *MünchKommHGB*, ed. 2, I, München, 2005;
- HERZIG N.- KESSLER W., *Typologie der Betriebsaufspaltungs-Sachverhalte*, in *Festgabe für Günther Felix zum 60. Geburtstag*, a cura di D. CARLÉ, K. KORN, R. STAHL, n. 166, Köln, 1976;
- HOPT K., § 17 HGB, in *Handelsgesetzbuch: HGB*, a cura di A. BAUMBACH e K. HOPT, 36 ed., München, 2014;
- HOPT K., § 25 HGB, in *Handelsgesetzbuch: HGB*, a cura di A. BAUMBACH e K. HOPT, 36 ed., München, 2014;
- HUECK A., *Unkörperliche Geschäftswerte, Ein Beitrag zur Lehre vom Unternehmen*, Fischer, 1914;
- IOZZO, F., *La liquidazione dell'attivo fallimentare*, in AA. VV., *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. AMBROSINI, Bologna, 2008;
- ISAY R., *Das Recht am Unternehmen*, Berlin, 1910;
- JACKSON T. H., *The logic and limits of Bankruptcy Law*, Cambridge, Mass.-London, Harvard University Press, 1986;

- JAEGER, N., *Il fallimento e altre forme di tutela giurisdizionale*, diretto da GROSSO e SANTORO PASSARELLI, Milano, 1964;
- JAFFÉ M., § 217, in K. WIMMER, *FK-InsO - Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, VI ed., Koeln, 2011;
- JORIO A., *La crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2000;
- JORIO A., *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 493 ss.;
- KEAY A. –WALTON P., *Insolvency Law, Corporate and Personal*, Bristol, 2008;
- KEAY A., *A comparative analysis of administration regimes in Australia and the United Kingdom*, in OMAR (a cura di), *International insolvency law: themes and perspectives*, Farnham, 2013;
- KERN K.C., *Verwertung der Personalfirma in Insolvenzverfahren*, in *BB- Betriebs Berater*, 1999, 1717 ss.;
- KLEIN BLENKERS F., *Anhang zu §§ 581- 597*, in B. DAUNER-LIEB e W. LANGEN, *NomosKommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. 2/1, ed. 1, Baden Baden, 2005;
- KLEIN BLENKERS F., *Das Recht der Unternehmenspacht*, Baden Baden, 2008;
- KNOPPE H., *Betriebsverpachtung, Betriebsaufspaltung*, 6 ed., Düsseldorf, 1982;
- LA LUMIA I., *Trattato di diritto commerciale*, Milano-Messina, 1940;
- LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, in *Il civilista*, 2012, 58 ss.;
- LAMBERTUCCI P., *Sulla nozione di trasferimento d'azienda nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 608 ss.;
- LAMBERTUCCI, P., *Il trasferimento di azienda in crisi fra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 114 ss.;
- LANDFERMANN H.W., *Der Ablauf eines künftigen Insolvenzverfahrens*, *BB Betriebs Berater*, 1995, 1649 ss.;
- LIBONATI B., *Crisi dell'imprenditore e riorganizzazione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, 231 ss.;
- LIBONATI B., *Diritto commerciale, Impresa e società*, Milano, 2005;
- LIBONATI B., *La crisi dell'impresa*, in *Aa. Vv., L'impresa*, a cura di P. FERRO LUZZI e B. LIBONATI, Milano, 1985, 218 ss.;
- LIBONATI B., *La tutela del credito a fronte del rischio di inadempimento del debitore*, in *Fall.*, 1, 1984, 1 ss.;
- LIBONATI B., *Prospettive di riforma nella crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, 332 ss.;
- LIBONATI B., *Crisi dell'imprenditore e riorganizzazione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, 231 ss.;
- LICCARDO P., *Fallimento e metodologia di acquisizione dell'azienda affittata*, in *Fall.*, 1997, 667 ss.;
- LICONTI F., *L'affitto dell'azienda del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, Padova, 2007, 425 ss..

- LICONTI F., *L'esercizio provvisorio dell'impresa*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. SCHIANO-DI PEPE, Padova, 2007, 389 ss.;
- LIEB M., § 25, in K. SCHMIDT, *MünchKommHGB*, 2. ed., München, 2005;
- LIENARD A., *De nouvelles propositions pour réformer la loi du 25 janvier 1985. Le rapport de la commission Field Vernet*, in *Rev. de procédures collectives*, 1993, 1;
- LO CASCIO G., *Cassa integrazione alle imprese in procedura concorsuale e prelazione dell'affittuario*, in *Giust. civ.*, I, 963 ss.;
- LO CICERO F., *L'affitto endofallimentare dell'azienda e l'esercizio provvisorio dell'impresa*, in *www.dircomm.it*, n. 10, 2005;
- LORDI L., *Istituzioni di diritto commerciale*, II, Padova, 1943;
- MACCABRUNI F., *Clausole statutarie di prelazione*, in *Giur. comm.*, 1989, II, 102 ss.;
- MAISANO A., *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi. Evoluzione e prospettive di riforma del diritto fallimentare*, in *Quaderni di giur. comm.*, Milano, 1989;
- MAJELLO P., *L'efficacia della prelazione*, in *Le prelazioni*, Milano, 1975, 88 ss.;
- MANDRIOLI L., *Poteri, funzioni e responsabilità del nuovo curatore*, in *www.ilcaso.it*;
- MANDRIOLI L., sub art. 104-bis, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, II, Torino, 2010, 1373 ss.;
- MANDRIOLI L., sub art. 104-ter, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, II, Torino, 2010, 1405 ss.;
- MANDRIOLI L., sub art. 104-bis, in *Affitto dell'azienda o di rami dell'azienda*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, II, Torino, 2010;
- MARINELLI M., *Il perdurante contrasto tra diritto interno e diritto comunitario sulla tutela dei lavoratori nel trasferimento di azienda*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 827 ss.;
- MARTORANO F., *Circolazione di ritorno nell'affitto endofallimentare*, *Dir. Fall.*, 2010, I, 1, 1 ss.;
- MARTORANO F., *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. BUONOCORE e diretto da R. COSTI, Torino, I, 3, 2010;
- MARZIANI E., *Trasferimento di azienda nell'ordinamento comunitario: la nuova nozione e l'art. 4-bis della direttiva del consiglio del 29 giugno 1998, n. 98/50/CE. Conformità e punti di contrasto con la disciplina italiana*, in *Dir. fall.*, 2000, I, 230 ss.;
- MASI P., *Articolazioni dell'iniziativa economica*, Napoli, 1985;
- MASTROGIACOMO M., *Il diritto di prelazione dell'affittuario nella legge n. 223 del 1991*, in *Dir. Fall.*, 1993, 264 ss.;
- MATTEI E., *L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. AMBROSINI, Bologna, 2008, 219 ss.;
- MAUS K.H., *Sanierungskonzepte als Voraussetzung für den Kauf von Krisenunternehmen*, in *DB-Der Betrieb*, 1991, 1133 ss.;

- MAZZARELLA, F., *Fallimento, autonomia contrattuale e impresa, itinerari e figure fra otto e novecento*, in *Autonomia Negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. DI MARZIO e F. MACARIO, Milano, 2010;
- MAZZARELLA, F., *La scoperta di un paradigma complesso. L'Unternehmen nel diritto commerciale e nella dottrina austro-tedesca del primo novecento*, in «*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*», 39, 2010, 299 ss.;
- MAZZONI, A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva della continuità aziendale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010;
- MELI V., *Inapplicabilità dell'art. 2480 cod. civ. in presenza di una clausola di prelazione al trasferimento di quote di s.r.l.*, in *Foro it.*, 1992, I, 842 ss.;
- MELI V., *La clausola di prelazione negli statuti delle società per azioni*, Napoli, 1991;
- MENGONI L., *Vendita dell'azienda da parte del curatore fallimentare e divieto di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 521 ss.;
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, II, Milano, 1972;
- MESSINEO F., *Il prestito di titoli al portatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, I, 613 ss.;
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1965;
- MEYER G.- SCHULTHEIS A., *Die Haftung des Insolvenzverwalter gemäß §§ 60, 61, InsO bei Fortführung von Unternehmen*, *DZWIR Die Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, 2004, 319 ss.;
- MEYER-LOWY B., POERTZGEN C., ECKHOFF L., *Einführung in das US-amerikanische Insolvenzrecht*, *ZInsO Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, 2005, 735 ss.;
- MIELE C., sub art. 104-bis, in *La legge fallimentare*, a cura di M. FERRO, Padova, 2007, 768 ss.;
- MINERVINI G., *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Napoli, 1966;
- MINNECI U., *Trasferimento d'azienda e regime dei debiti*, Torino, 2007;
- MINUTOLI, G., *L'autonomia privata nella crisi di impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fall.*, 2008, 1050 ss.;
- MIRABELLI G., *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955;
- MORANO A.- CIRILLO E., *L'affitto come forma di gestione dell'azienda sociale*, in *Società*, 1993, 302 ss.;
- MOROZZO DELLA ROCCA, P., *Crisi dell'impresa e trasferimento d'azienda nel concorso delle fonti tra normativa nazionale e disciplina comunitaria*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 237 ss.;
- MOSCARINI, L.V., voce *Prelazione*, in *Enc. del dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 981 ss.;
- MOSSA L., *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, 233 ss.;
- MOSSA L., *Limiti alla circolabilità delle azioni*, in *Nuova riv. dir. comm., dir. dell'ec., dir. sociale*, Pisa, 1947-1948, 117 ss.;
- MOSSA L., *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, 1935;
- MOSSA L., *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Milano, 1942;

- MUNARI, A., *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2010;
- MUSSO A., *Della ditta e dell'insegna*, sub art. 2565 c.c., in *Commentario al codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2012;
- NALDINI M., *Prelazione dell'affittuario: prime innovazioni della Cassazione*, in *Fall.*, 1996, 26 ss.;
- NARDECCHIA G.B.- RANALLI R., sub art. 186-bis, *Concordato in continuità aziendale*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da F. LO CASCIO, Assago, 2013;
- NAVARRINI U., *Studi sull'azienda commerciale*, Direzione dell'archivio giuridico, Modena, 1901;
- NAVARRINI U., *Trattato di diritto fallimentare*, 2 ed., II, Bologna, 1939;
- NAVARRINI U., *Trattato elementare di diritto commerciale*, II, Torino, 1935;
- NICOLÒ R., *Il trasferimento di impresa nella sistematica delle leggi di nazionalizzazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, 273 ss.;
- NICOLÒ R., *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina di diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 177 ss.;
- NIGRO A., *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese: lineamenti generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, XII, Torino, 2012;
- NORELLI E., *La prelazione dell'affittuario nella vendita fallimentare dell'azienda* in *Dir. fall.*, 1993, II, 35 ss.;
- NORELLI E., *Contenuti e limiti del provvedimento di alienazione dell'azienda*, in *Dir. fall.*, 1993, I, 625 ss.;
- NOTARO F., *Trasferimento dell'azienda in crisi e derogabilità dell'art. 2112 c.c. in sede collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 179 ss.;
- NUZZO M., *Prelazione successoria e titolo dell'acquisto*, Milano, 1989;
- OHMEYER K.E. (VON), *Das Unternehmen al Rechtsobjekt*, Wien, 1906;
- ONUSSEIT D., § 157, in B.M. KÜBLER, H. PRÜTTING, R. BORK, *InsO - Kommentar zur Insolvenzordnung*, vol. III, Köln, 2014;
- OPPENLÄNDER F., *Die Unternehmenspacht, insbesondere das Verhältnis von Pächter und Verpächter bei der Verpachtung eines Unternehmens*, Freiburg, 1974;
- OPPIKOFER H., *Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung*, Tübingen, 1927;
- ORLANDINI G., *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, n. 108, 593 ss.;
- OTTE K., § 21, in B. Klueber, H. Pruetting, R. Bork, *InsO - Kommentar zur Insolvenzordnung*, Köln, 2014;
- OTTE K., § 217, in B. Klueber, H. Pruetting, R. Bork, *InsO - Kommentar zur Insolvenzordnung*, Köln, 2014;
- PACIELLO A., sub art. 104-bis, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. CAVALLINI, Milano, 2010;
- PAILLUSSEAU J. – CAUSSAIN J.J. – LAZARSKY H.- PEYRAMAURE P., *Le cession d'enterprise*, Paris, 1993;

- PAJARDI P., *Casi clinici di diritto fallimentare. Raccolta sistematica di studi di teoria e pratica fallimentare*, I-II-III, Milano, 1962.
- PALERMO G., in A. LUMINOSO-G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998;
- PALUCHOWSKY A. sub art. 104-bis, in *Codice del fallimento*, a cura di P. PAJARDI, M. BOCCHIOLA, A. PALUCHOWSKY, Milano, 2009;
- PALUCHOWSKY A., *La liquidazione dell'attivo*, in *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di P. PAJARDI- A. PALUCHOSWKY, Milano, 2008;
- PANZANI L., *Affitto d'azienda e procedure diverse dall'Amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 1998, 922 ss.;
- PANZANI L., *La tutela dei diritti nella liquidazione fallimentare*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di M. FABIANI, A. PATTI, Milano, 2006;
- PANZANI L., *Prelazione del conduttore e concordato preventivo*, nota a Cass. 14 gennaio 1994, n. 339, in *Fall.*, 1994, 815 ss.;
- PASI F., *Gli organi del fallimento: compiti e responsabilità nelle nuove procedure concorsuali*, a cura di S. SCOVAZZO e E. STASI, Assago, 2007.
- PASQUARIELLO F., *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2010;
- PASSALACQUA P., *La Corte di Cassazione chiude il cerchio sul caso Spano in materia di trasferimento dell'azienda in crisi*, in *Dir. lav.*, 2001, II, 365 ss.;
- PATTI A., *Affitto di azienda e finanziamento dell'impresa in crisi*, *Fall.*, 2009, 15 ss.;
- PATTI A., *Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità*, in *Fallimento*, 2014, 193 ss.;
- PATTI A., *L'affitto dell'azienda*, in *Fallimento*, 2007, 1090 ss.;
- PAVONE LA ROSA A., *Affitto d'azienda e responsabilità per le obbligazioni contratte dall'affittuario nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, II, 351 ss.;
- PELLEGRINO G., *La prassi fallimentare*, Padova, 1989;
- PENTA A., *Il comitato dei creditori*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009;
- PEREGO E., *La disciplina della prelazione convenzionale e le prelazioni legali*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1982, 166 ss.;
- PERRINO A. M., *Le deroghe alle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda d'imprenditore in crisi o insolvente*, in *Foro it.*, 2007, I, 2157 ss.;
- PERRINO M., *Il programma di liquidazione*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 1087 ss.;
- PERRINO M., *La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 680 ss.;
- PERRINO M., *Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria*, Torino, 2005;
- PETTITI D., *Il trasferimento volontario d'azienda. Notazioni esegetiche e sistematiche*, Napoli, 1970;
- PFEIFFER T., *Vom kaufmännischen Verkehr zum Unternehmensverkehr - Die Änderungen des AGBGesetzes durch das Handelsrechtsreformgesetz*, in *NJW Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, 169 ss.;

- PIERALLINI L., *Considerazioni sulla natura giuridica della denuntiatio nella prelazione legale e volontaria*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 134 ss.;
- PIOMBO D., *Ancora sul meccanismo della prelazione legale del conduttore nel caso di vendita di immobili non abitativi* nota a Cass. 17 aprile 1986, n. 2726, in *Foro it.*, 1986, I, 2161;
- PIOMBO D., *Cenni critici sulla struttura della prelazione urbana ex art. 38, l. n. 392/78*, nota a Cass. 26 ottobre 1985, n. 5283, in *Foro it.*, 1985, I, 3105 ss.;
- PIOMBO D., *Le sezioni unite della Cassazione definiscono la struttura della prelazione urbana ex art. 38, l. 392/78* nota a Cass., S.U., 4 dicembre 1989, n. 5359, in *Foro it.*, 1990, I, 1563 ss.;
- PISKO O., *Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs*, Wien, 1907;
- PIZZOFERRATO A., *La disciplina lavoristica del trasferimento di azienda in crisi nel nuovo scenario interpretativo*, in *Lav. giur.*, 2002, n. 3, 251 ss.;
- PODEWILS F., *Zur Anerkennung von Chapter 11 in Deutschland*, *ZInsO Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, 2010, 209 ss.;
- PONTI L. - SPADETTO F., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 2006;
- PORTALE G.B., *Presentazione*, in *Lecture per un corso di diritto commerciale comparato*, di T. ASCARELLI e A. MIGNOLI, Milano, 2007;
- POTHIER R.-J., *Traité des rétraits*, in *Oeuvres de R.-J. Pothier contenant les traités du droit français*, II, t. I, Bruxelles, 1830, § II;
- PRIESTER H.-J., in *Abschied von der Betriebsaufspaltung?*, a cura di H.-J. PRIESTER, W. TIMM, Köln, 1990, 1 ss.;
- PROSPERETTI M., *Il retratto nella prelazione convenzionale*, in AA. VV., *Prelazione e retratto*, a cura di G. BENEDETTI e L. V. MOSCARINI, Milano, 1988, 559 ss.;
- PROVINCIALI R., *La continuazione dell'impresa del fallito*, in *Dir. fall.*, 1972, I, 405 ss.;
- PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare*, II, Milano, 1970;
- BONSIGNORI A., *Profilo sistematico delle vendite fallimentari*, Napoli, 1963, 42, 43 n. 3;
- PUGLIATTI S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935;
- PUGLIESE G., *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, IV, 5, Torino, 1972;
- PULEO S., *I diritti potestativi. Individuazione della fattispecie*, Milano, 1959;
- QUARANTA E., *La liquidazione dell'attivo*, in *Fallimento e concordati*, a cura di P. CELENTANO, E. FORGILLO, Torino, 2008;
- QUATTRONE M.F., sub art. 2565 c.c., in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Cendon, artt. 2555-2594, Milano, 2012;
- RAGUSA MAGGIORE G., *Affitto dell'azienda e prelazione dell'affittuario: disciplina generale o speciale?*, nota a Cass. civ., 5 maggio 2000, n. 5643, in *Dir. fall.*, 2000, II, 690 ss.;
- RAGUSA MAGGIORE G., *La cessazione dell'impresa commerciale e il fallimento (art. 10 L.F.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 172 ss.;

- RAISCH P., *Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1962;
- RAISCH P., *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe, 1965;
- RAISCH P., *Handels-oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht?*, in *ZHR*, 1990, 567 ss.;
- RAISCH P., *Handelsrecht heute: Handelsrecht oder Unternehmensprivatrecht?*, in *Juristische Ausbildung*, 1990, 369 ss.;
- RAMELLA A., *Trattato della proprietà industriale*, II, 2 ed., Torino, 1927;
- REUSCHLE F., § 22 *HGB*, in K. EBENROHT, C.T. BOUJONG, D. JOOST, L. STROHN, *Handelsgesetzbuch Kommentare*, München, 3 ed., 2014;
- REUSCHLE F., § 25 Abs. 1. *HGB*, in K. EBENROHT, C.T. BOUJONG, D. JOOST, L. STROHN, *Handelsgesetzbuch Kommentare*, München, 3 ed., 2014;
- RIVOLTA G.C.M., *Il trasferimento volontario di azienda nell'ultimo libro di Domenico Pettiti*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 24 ss.;
- RIVOLTA G.C.M., *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969;
- RIVOLTA G.C.M., *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973;
- ROMANO S., *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSERELLI, Milano, 1960;
- RONDINONE N., *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, Milano, 2010;
- ROSSI A., *Il valore dell'organizzazione nell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 603;
- ROSSI R., *L'affitto di azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2010, 370 ss.;
- ROTONDI M., *Diritto industriale*, Padova, 1965;
- ROTONDI M., *Effetti della vendita dell'azienda sui debiti e i crediti*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, 173 ss.;
- ROTONDI M., *Studi sull'avviamento*, II, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, 436 ss.;
- ROVATI B., *L'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda*, in AA. VV., *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. AMBROSINI, Bologna, 2008;
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1962;
- RUISI G.- MAFFEI ALBERTI A.- JORIO A.- TEDESCHI G. U., *Il fallimento*, in *Giur. sist., dir. civ. e comm.*, diretta da W. BIGIAMI, II, Torino, 1978, 724 ss.;
- SACCHI R., *La prelazione nel diritto comune*, in *Rivista scientifica del diritto*, 1898, V-VII, 95 ss.;
- SACCO R., *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1975;
- SANDULLI M., *La crisi di impresa*, Torino, 2009;
- SANDULLI M., sub art. 104-bis, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO e M. SANDULLI, Torino, 2006, 612 ss.;
- SANDULLI P., *In tema di affitto d'azienda e di amministrazione del patrimonio del fallito da parte degli organi del fallimento*, in *Foro it.*, 1959, I, c. 685 ss.;

- SANTINI G., *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959;
- SANTORO PASSARELLI F., *Osservazioni conclusive*, in AA. VV., *Prelazione e retratto*, a cura di G. BENEDETTI e L. V. MOSCARINI, Milano, 1988;
- SANTORO PASSARELLI F., *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 698 ss.;
- SANTORO-PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, 21 ed., Napoli, 1968;
- SATTA S., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1966;
- SCARANO A., *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto d'azienda*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA, L. PANZANI, Torino, 2009, 1199 ss.;
- SCHAUB R., § 581, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 2013;
- SCHIANO DI PEPE G., *La circolazione dell'azienda in un contesto di procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2009, 6, 813 ss.;
- SCHIMDT K., *Unternehmer - Kaufmann - Verbraucher*, in *Betriebs-Berater*, 2005, 537 ss.;
- SCHMIDT K., *Das HGB und die Gegenwartsaufgaben des Handelsrechts*, Berlin, 1990;
- SCHMIDT K., *Gesellschaftsrecht*, 3 ed., Köln, 1997;
- SCHMIDT K., *Handelsrecht*, 6 ed., Köln, 2014;
- SCHMIDT K., *Il codice commerciale tedesco: dal declino alla ri-codificazione (riflessioni sulla riforma del HGB)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 711 ss.;
- SCHMIDT K., *Organverantwortlichkeit und Sanierung in Insolvenzrecht der Unternehmen*, in *ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*, 1980, 328 ss.;
- SCHMIEDEL B., *Zur Entstehung des Ersten Buches: Handelsstand*, in *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, di SCHUBERT, SCHMIEDEL E KRAMPE, Frankfurt am Main, 1987, 31 ss.;
- SCHMOECKEL M., *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, Tübingen, 2008;
- SCHRICKER G., *Probleme der Schuldenhaftung bei Übernahme eines Handelsgeschäfts*, in *ZGR Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1972, 121 ss.;
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna- Roma, 1970;
- SELLERI M., sub art. 78, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2013;
- SEVERINI F., *Il diritto di prelazione concorsuale dell'affittuario di azienda* in *Dir. fall.*, 1993, I, 229 ss.;
- SILVAGNA, L., *L'unità produttiva nel profilo delle vendite circolatorie*, Milano, 1982;
- SIMONETTO E., *Deposito irregolare*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 532 ss.;
- SIRGIOVANNI B., *Prelazione legale e acquisto della proprietà*, Milano, 2012;
- SONNENSCHNEIN J., § 581, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1996;
- SPADA, P., *Lezione sull'azienda*, in AA. VV., *L'impresa*, Milano, 1985;

- SPIEKER O., *Unternehmensveräußerung zwischen Insolvenzeröffnung und Berichtermin*, NZI Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht, 2002, 472 ss.;
- SPLIEDT J.D., § 217, in K. SCHMIDT, *Insolvenzordnung: InsO mit EuInsVO*, 18 ed., München, 2013;
- SPLIEDT J.D., *Ein. § 217*, in K. SCHMIDT, *Insolvenzordnung: InsO mit EuInsVO*, 18 ed., München, 2013;
- SPOLIDORO, M.S., *Conferimento di ramo d'azienda (considerazioni su fattispecie e disciplina applicabile)*, in *Giur. comm.*, 1993, 692 ss.;
- STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007;
- STANGHELLINI L., *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, 2004, 1041 ss.;
- STANGHELLINI, L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2007;
- STARACE, V., *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 2002, 295 ss.;
- STASI E., *L'esercizio provvisorio*, in *Fallimento*, 2007, 854 ss.;
- STEFANI A., *Il trasferimento di azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*, in www.ilfallimentarista.it.
- STIGLITZ J.E.- WEISS A., *Credit Rationing in Markets with Imperfect Information*, in *American Economic Review*, 71, 1981, 393 ss.;
- TABELLINI, T., *Il concetto d'azienda*, Napoli, 1966;
- TAMBURRINO G., *Manuale di diritto commerciale*, Roma, 1962,
- TAMPONI M., voce *Prelazione agraria*, in *Digesto*, Torino, 1996, 180 ss.;
- TEDESCHI, G., *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, XVIII, 4, Torino, 1983; COTTINO, G., *Diritto commerciale*, I, Padova, 1986;
- TERRANOVA G., *Conflitti di interesse e giudizio di merito nelle soluzioni concordate delle crisi di impresa*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. FORTUNATO, G. GIANNELLI, F. GUERRERA, M. PERRINO, Milano, 2011;
- TERRANOVA G., *La liquidazione fallimentare: prassi, giurisprudenza e dottrina*, in *Riv. dir. fall.*, 2003, I, 1662 ss.;
- TINTELNOT A., § 103 *InsO*, in B.M. KÜBLER, H. PRÜTTING, R. BORK, *InsO Kommentar zur Insolvenzordnung*, vol II, Köln, 2014;
- TINTELNOT A., § 108 *InsO*, in B.M. KÜBLER, H. PRÜTTING, R. BORK, *InsO Kommentar zur Insolvenzordnung*, II, Köln, 2014;
- TOFFOLO F.P., *La prelazione dell'affittuario d'azienda nel fallimento*, in *Resp. civ. e prev.*, 10, 2008, 2033 ss.;
- TOMBARI, U., *Crisi di impresa e doveri di corretta gestione "societaria e imprenditoriale" della società capogruppo*, in *La riforma della legge fallimentare. Atti del convegno di Palermo, del 18-19 giugno 2010*, a cura di M. PERRINO, S. FORTUNATO, F. GUERRERA, G. GIANNELLI, Giuffrè, Milano, 2011;

- TOMMASINI R., *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti (Azienda e proprietà)*, Milano, 1986;
- TRIBUNALE DI MILANO, *Istruzioni ai curatori per la liquidazione programmata dei beni fallimentari*, 15 luglio 2008;
- TRIMARCHI V., *Subingresso nel contratto e cessione d'azienda*, in *Giur. com. Cass. civ.*, 1946, II, 2, 648 ss.;
- TRISORIO LIUZZI G., *L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo*, in *Foro it.*, 2006, V, 198 ss.;
- UHLENBRUCK W., *Die neue Insolvenzordnung*, in *GmbHHR- GmbH-Rundschau*, 1995, 195 ss.;
- VALERI G., *Impresa, azienda, fondo*, in *Riv. dir. agrario*, 1943, I, 146;
- VALLANCAN J. (diretto da), *Difficultés des entreprises. Commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, Paris, 2009;
- VANZ M. C., *Prelazione legale e procedure espropriative: un problema ancora aperto?*, nota a Cass. 14 gennaio 1994, n. 339, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 920 ss.;
- VANZETTI A., *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi all'azienda ceduta*, in *Riv. soc.*, 1965, 512 ss.;
- VANZETTI, A., *Trent'anni di studi sull'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, 41 ss.;
- VATTERMOLI D., sub art. 105, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, II, Torino, 2010;
- VATTERMOLI D., sub art. 72, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, Torino, 2010;
- VATTERMOLI D., sub artt. 72-83-bis, *Introduzione*, in *La riforma della legge fallimentare*, I, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, Torino, 2006;
- VELLA P., *Il concordato in continuità aziendale*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, a cura di FERRO-BASTIA-NONNO, Assago, 2013;
- VESSIA F., *Gli effetti del fallimento sul contratto di affitto d'azienda pendente*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2009, I, 984 ss.;
- VETTORI G., *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988;
- VISALLI, N., *Locazione di immobile ed affitto di azienda. Contributo allo studio della teoria giuridica dell'azienda*, Napoli, 1969;
- VITIELLO M., *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it;
- VITIELLO M., *Gli effetti sui rapporti pendenti del concordato preventivo, dell'esercizio provvisorio, e dell'affitto di azienda del fallito*, in www.ilfallimentarista.it;
- VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, 5 ed., IV, Milano, 1928;
- WACKER R., § 15 EStG, in *Einkommensteuergesetz: EStG*, a cura di L. SCHMIDT, 34 ed., München. 2014;
- WELLENSIEK J. – OBERLE T., § 66, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, a cura di H. J. Priester, 2 ed., Beck, 2003;

- WELLENSIEK J.- SCHLUCK-AMEND A., *Die GmbH in der Krise und in der Insolvenz*, in *Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht*, München, 2014;
- WELLENSIEK J., *Übertragende Sanierung*, NZI *Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung*, 2002, 235 ss.;
- WIELAND K., *Handelsrecht*, 1, München-Leipzig, 1921;
- ZANELLI, E., *Il trasferimento delle imprese elettriche nella sistematica della circolazione dell'azienda e della successione nell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1964, 340 ss.;
- ZANICHELLI V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008;
- ZICCARDI F., *L'induzione all'inadempimento*, Milano, 1979;
- ZIEGEL J. S., *Current Developments In International and Comparative Insolvency Law*, Oxford, 1994;
- ZIPPERER H., „Übertragende Sanierung“ – *Sanierung ohne Grenzen oder erlaubtes Risiko?*, NZI *Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung*, 2008, 206 ss.;

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

- CGCE 10 luglio 1986, causa n. 235\84, in *Foro it.*, IV, c. 12 ss.;
CGUE 10 febbraio 1988, causa n. 324/86, in *Foro it.*, 1989, IV, 11 ss.;
CGUE 25 luglio 1991, causa n. 362/89, in *Dir. lav.*, 1991, II, 329 ss.;
CGUE 14 marzo 1994, causa n. 392/92, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 608 ss.;
CGUE 7 dicembre 1995, causa n. 472/93, in *eur-lex.europa.eu*;
- Cass., 7 aprile 1930, n. 1158, in *Dir. Fall.*, 1931, 289 ss.;
Cass. 29 aprile 1946, n. 515, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 521 ss.;
Cass. 28 marzo 1952, n. 851, in *Foro it.*, 1952, I, 1, c. 1530 ss.;
Cass. 29 gennaio 1955, n. 851, in *Foro it.*, 1952, I, 1530 ss.;
Cass. 14 luglio 1956, n. 2673, in *Giust. civ.*, 1956, I, 2045 ss.;
Cass. 9 luglio 1957, n. 2709, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 454 ss.;
Cass., 3 luglio 1958, n. 2386, in *Giust. Civ.*, 1958, I, 1876 ss.;
Cass. 25 marzo 1961, n. 682, in *Giust. civ.*, 1961, I, 969, e in *Dir. fall.*, 1961, II, 655 e in *Foro it.*, 1961 I, c. 1143 ss.;
Cass. 4 dicembre 1963, n. 3084, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 296 ss.;
Cass., 29 ottobre 1966, n. 2714, in *Giust. Civ.*, 1967, I, 242 ss.;
Cass., 22 gennaio 1972, n. 171, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, 262 ss.;
Cass. 9 agosto 1973, n. 2339, in *Giust. Civ.*, 1974, I, 1, 71 ss.;
Cass., 12 aprile 1975, n. 1691, in *Giust. Civ.*, 1975, I, 1074 ss.;
Cass., 13 aprile 1977, n. 1388, in *Mass. Giur. it.*, 1977, 334 ss.;
Cass. 29 gennaio 1979, n. 632, in *Giur. it.*, 1980, I, I, 146 ss.;
Cass., 10 marzo 1980, n. 1584 in *Foro it.*, 1980, I, 2529 ss.;
Cass. 13 gennaio 1981, n. 295, in *Foro it.*, 1981, I, 689 ss.;
Cass. 12 marzo 1981, n. 1407, in *Foro it.*, 1982, I, 1209 ss.;
Cass., 9 giugno 1981, n. 3723 in *Giust. civ.*, 1981, I, 2492 ss.;
Cass. 18 gennaio 1982, n. 324, in *Foro it.*, 1983, I, 2263 ss.;
Cass. 4 novembre 1982, n. 5802, in *Foro it.*, 1983, I, 683 ss.;
Cass. 12 novembre 1982, n. 6005, in *Rep. Foro it.*, 1982, c. 632;
Cass. 26 marzo 1983, n. 2154, in *www.italgiure.it*;
Cass., 28 aprile 1983, n. 2909, in *Giur. comm.*, 1984, II, 166 ss.;
Cass. 24 ottobre 1983, n. 6256
Cass. 27 marzo 1984, n. 2023, in *Foro it.*, 1984, I, 2477 ss.;
Cass. 30 maggio 1984, n. 3298, in *Giur. it.*, 1985, I, 831 ss.;
Cass. 26 ottobre 1985, n. 5283, in *Foro it.*, 1985, I, 3105 ss.;
Cass. 9 dicembre 1985, n. 6180, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 1875 ss.;
Cass. 4 febbraio 1986, n. 596, in *Fall.*, 1986, 784 ss.;
Cass. 17 aprile 1986, n. 2726, in *Foro it.*, 1986, I, 2161 ss.;
Cass. 27 giugno 1986, n. 4282, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, 1226 ss.;
Cass., 23 luglio 1986, n. 4729, in *Giust. civ.*, 1987, I, 594 ss.;
Cass. 6 novembre 1987, n. 8221, in *www.italgiure.it*;
Cass. 1 febbraio 1988, n. 913, in *Foro it.*, 1989, I, 203 ss.;
Cass. S.U. 25 marzo 1988, n. 2582, in *Foro it.*, 1988, I, 1510 ss.;
Cass. 16 giugno 1988, n. 4103, in *Foro it.*, 1989, I, 446 ss.;

Cass. 12 agosto 1988, n. 4941, in *Arch. Loc.*, 1989, 61 ss.;
Cass., S.U., 4 dicembre 1989, n. 5359, in *Foro it.*, 1990, I, 1563 ss.;
Cass., 11 agosto 1990, n. 8219, in *Giur. it.*, I, 1, 584 ss.;
Cass. 3 aprile 1991, n. 3482, in *Fall.*, 1991, 802 ss.;
Cass. 21 maggio 1991, n. 5731, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 114 ss.;
Cass. 19 agosto 1991, n. 8907, in *Arch. civ.*, 1992, 696 ss.;
Cass. 9 marzo 1992, n. 2812, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1736 ss.;
Cass. 2 aprile 1992, n. 4011, in *Vita not.*, 1992, 1123 ss.;
Cass. 5 giugno 1992, n. 6936, in *Rass. equo canone*, 1993, 76 ss.;
Cass. 7 luglio 1992, n. 8252, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 589 ss.;
Cass. 10 agosto 1992, n. 9429, in *Dir. fall.*, 1993, II, 38 ss.;
Cass. 28 aprile 1993, n. 5012, in *Fall.*, 1993, 1123 ss.;
Cass. pen., 6 dicembre 1993, n. 11207, in *www.italgiure.it*;
Cass. 14 gennaio 1994, n. 339, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 920 ss.;
Cass. 28 luglio 1994, n. 4493, in *www.italgiure.it*
Cass., 27 ottobre 1994, n. 8861, in *Fall.*, 1995, 616 ss.;
Cass. 3 novembre 1994, n. 9052, in *Fallimento*, 1995, I, 963 ss.;
Cass., 25 marzo 1995, n. 3579, in *Fall.*, 1996, 26 ss.;
Cass., 19 giugno 1996, n. 5636, in *Not.*, 1997, 145 ss.;
Cass. 16 dicembre 1996, n. 11225, in *Foro it.*, 1997, I, 805 ss.;
Cass. 3 marzo 1997, n. 1850, in *Fall.*, 1997, 1100 ss.;
Cass., 14 maggio 1998, n. 4852, in *Fallimento*, 1999, 593 ss.;
Cass. 17 novembre 1998, n. 1155, in *www.italgiure.it*
Cass. 26 gennaio 1999, n. 694, in *Fall.*, 2000, 70 ss.
Cass. 10 febbraio 1999, n. 1296, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 307, n. 1124;
Cass. civ., 5 maggio 2000, n. 5643, in *Dir. fall.*, 2000, II, 690 ss.;
Cass., 7 marzo 2001, n. 3312, in *Contratti*, 2001, 688 ss.;
Cass. pen., 4 aprile 2003, n. 24231, in *www.italgiure.it*;
Cass. 7 novembre 2003, n. 16724, in *Guida al diritto*, 2003, n. 47, 36
Cass. 16 giugno 2004, n. 11318, in *Mass. Giust. Civ.*, 2004, 6
Cass., 12 febbraio 2004, n. 2576, in *Mass. Foro*, 2004;
Cass., 24 febbraio 2004, n. 3624, in *Fall.*, 2005, 3, 291 ss.;
Cass. 14 gennaio 2005, n. 682, in *Riv. not.*, 2005, 1078 ss.;
Cass. 27 aprile 2006, n. 9694, in *Fall.*, 2007, 105 ss.;
Cass. pen., 24 maggio 2006, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 421 ss.;
Cass. 27 dicembre 2011, n. 28858, in *www.italgiure.it*
Cass. 1 marzo 2012, n. 3225, in *Dir. & Giust.*, 2012, 361 ss.;
Cass. 18 gennaio 2013, n. 1240, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013, 1 ss.;
Cass., 19 novembre 2013, n. 17523, in *Riv. not.*, 2004, 495 ss.;
Cass. 16 aprile 2015, n. 7753, in *Dir. & Giust.*, 2015, 17, 40 ss.;
Cass. 23 settembre 2015, n. 18805, in *Giur. it.*, 10, 2015, 2034 ss.;

App. Milano 9 giugno 1952, in *Temì*, 1964, 384 ss.;

App. Bologna, 8 luglio 1959, in *Riv. dir. lav.*, 1961, II, 261 ss.;

App. Napoli 29 settembre 1959, in *Dir. fall.*, 1959, I, c. 685;
App. Firenze, 3 aprile 1965, in *Riv. dir. ind.*, 1966, II, 361 ss.;

Trib. Ariano Irpino, 20 aprile 1958, in *Foro it.*, 1959, I, 685 ss.;
Trib. Roma 29 luglio 1959, in *Dir. fall.*, II, 692 ss.;
Trib. Napoli, 10 febbraio 1971, in *Foro Padano*, 1972, I, 338 ss.;
Trib. Milano, 19 dicembre 1974, in *Giur. comm.*, 1976, II, 125 ss.;
Trib. Torino, 30 giugno 1979, in *Giur. mer.*, 1981, I, 64 ss.;
Trib. Sanremo, 3 aprile 1980, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1787 ss.;
Trib. Napoli, 8 febbraio 1982, in *Giur. mer.*, 1982, 801 ss.;
Trib. Monza, 14 febbraio 1992, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 517 ss.;
Trib. Monza 19 aprile 1992 (ord.) in *Giur. comm.* 1994, 155 ss.;
Trib. Monza, 29 aprile 1992, in *Fallimento*, 1993, 190 ss.;
Trib. Roma, 7 gennaio 1993, in *Dir. fall.*, 1993, II, 35 ss.;
Trib. Roma, 25 febbraio 1993, in *Dir. fall.*, 1993, II, 35 ss.;
Trib. Napoli, 3 marzo 1994, in *Dir. fall.*, 1995, 968 ss.;
Trib. Torino, 19 maggio 1994, in *Fall.*, 1994, 1197 ss.;
Trib. Udine 27 novembre 1995, in *Dir. fall.*, 1996, II, 772 ss.;
Trib. Milano, 8 gennaio 1996, in *Dir. fall.*, 1996, II, 150 ss.;
Trib. Torino, 7 febbraio 1997, in *Giur. it.*, 1998, 743 ss.;
Trib. Bergamo, 10 giugno 1997, in *Fall.*, 1998, 402 ss.;
Trib. Roma, 4 febbraio 1999, in *Fall.*, 1999, 682 ss.;
Trib. Napoli 6 maggio 1999, in *Giur. nap.*, 2000, 143 ss.;
Trib. Frosinone, 18 ottobre 1999; in *Giust. civ.*, 2000, I, 899 ss.;
Trib. Siena, 7 ottobre 2001, in *Fallimento*, 1992, 511 ss.;
Trib. Siena, 2 luglio 2004, in *Dir. Fall.*, 2006, II, 220 ss.;
Trib. Roma, 28 aprile 2009, in *Fall.*, 2010, 362 ss.;
Trib. Terni, 28 gennaio 2013, in *www.ilcaso.it*.
Trib. Terni, 12 febbraio 2013, in *Fallimento*, 2013, 1378 ss.;
Trib. Benevento, 27 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*;
Trib. Terni, 2 aprile 2013, in *www.ilcaso.it*;
Trib. Mantova 19 settembre 2013, in *www.ilcaso.it*;
Trib. Cuneo, 29 ottobre 2013, in *www.ilcaso.it*;
Trib. Ravenna, 29 ottobre 2013, in *www.ilcaso.it*;
Trib. Patti, 12 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*;
Trib. Milano, 23 luglio 2014, in *www.ilcaso.it*;

Comm. Centr. Imposte, 22 febbraio 1940, in *Riv. dir., fin.*, 1941, II, 165 ss.;

BAG, 15.11.1978, in NJW, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1979, 2634-2635;
BGH, 29.3.1982, in NJW *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, 1647 ss., con nota di K. Schimdt;
BGH, 27.09.1982 - II ZR 51/82, in BGHZ, 85, 221, 222 ss.;
BGH, 5.10.1982, in BB *Betriebs Berater*, 1983, 1948 ss.;

BGH, 16.1.1984, NJW *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, 1186 ss. con nota di K. Schmidt;

BGH, 12.05.1986, in NJW *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, 2306 e WM *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 1986, 908 ss.;

BGH, 11.04.1988 - II ZR 313/87, in BGHZ 104, 151 ss.; e in NJW *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, 1912 ss.; e in LM § 106 KO Nr. 7, e in WM *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 1998, 901 ss.;

BGH, 27.4.1994, in NJW *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, 2025 ss.;

OLG Düsseldorf, 26.10.1988, in ZIP *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1989, 457 ss.;

OLG Hamm, 5.11.1996, in NJW-RR, *Neue Juristische Wochenschrift- Rechtsprechungs-Report* 1997, 733 ss.;

OLG Hamburg, 29.10.1999, in DB *Der Betrieb*, 2000, 314 ss.;

OLG Hamburg, 03.07.2003, in DB *Der Betrieb*, 2003, 2381 ss.;

Ca Antibes, 11 aprile 1986, D. 1986, 307 ss., con nota di F. DERRIDA;

T. comm. Paris, 13 oct. 1986, LPA 1986, n. 139, 28 ss.;