

MARCO CIAN

L'AZIENDA TRA DIRITTO DEI BENI E REGOLAZIONE DEI FATTI D'IMPRESA – PROLEGOMENA

SOMMARIO. 1. Una premessa metodologica. – PARTE PRIMA. DALL'AZIENDA ALL'IMPRESA: EFFETTO ATTRIBUTIVO ED EFFETTO SOSTITUTIVO NELL'EVENTO CIRCOLATORIO. – 2. Il bene azienda nella prospettiva classica. – 3. (*segue*). L'istituto nella sua dimensione storica. – 4. Il trasferimento dell'azienda come negozio tipico per l'oggetto? Fatto traslativo e fatto d'impresa. – 5. La disciplina del trasferimento d'azienda nella prospettiva dell'ingresso nel contesto imprenditoriale. – 6. La funzione mediante del trasferimento dell'azienda, la volontà contrattuale, l'interazione tra effetti negoziali ed effetti legali. – 7. L'unità operativa minima. – 8. Subentro nell'impresa senza trasferimento d'azienda. – 9. Il subentro nelle attività produttive non imprenditoriali: un trasferimento di “azienda professionale”? – PARTE SECONDA. L'AZIENDA E L'IMPRESA NELLE SITUAZIONI NON CIRCOLATORIE. – 10. La natura giuridica dell'azienda: un problema reale? Unità economica e unità (?) giuridica. – 11. (*segue*). Mobiliarità per esclusione? – 12. Ancora dal bene all'impresa. Usucapione e rivendicazione dell'azienda come modelli delle fattispecie implicate. – 13. Fattispecie ad azione plurima, eterogeneità dei beni ed interferenze disciplinari. – 14. Fattispecie ad azione unitaria ed eterogeneità dei beni. – 15. Il principio del mantenimento dello spazio d'impresa nella gestione dell'azienda altrui. – 16. I principi di continuità della serie imprenditoriale nelle vicende diverse dagli acquisti a titolo derivativo.

1. Quello dell'azienda è un tema classicissimo. Lo è non solo per i suoi contenuti, ma anche per il modo in cui ad esso ci si accosta. Per quanto non lo si possa affatto definire desueto e per quanto la continua produzione giurisprudenziale ne testimoni anzi irrevocabilmente la costante attualità nella prassi, esso propone ancora oggi problemi antichi, che vengono affrontati ricorrendo ad un bagaglio concettuale e di pensiero ormai abbondantissimo e sostanzialmente tralattico.

E' difficile dunque mantenere la tradizionale prospettiva esegetica e di approccio e sperare di poter dire qualcosa che non sia già stato detto almeno qualche decennio fa.

Per tale ragione tenterò di affrancarmi da questa prospettiva, per sperimentare una strada almeno nelle premesse meno consueta; non per il gusto dell'originalità a tutti i costi, va da sé, e convinto anzi che un nuovo modo di accostarsi all'istituto possa dare buoni frutti; ponendomi comunque da un punto di vista insolito.

A prescindere dalla persuasività delle conclusioni e dalla solidità del percorso argomentativo che svilupperò, è opportuno sin d'ora sottolineare che ho portato fino in fondo questo disegno e che conseguentemente ho scelto di non affrontare, o di affrontare solo in funzione dell'ipotesi ricostruttiva proposta, alcune delle tematiche tradizionali nelle trattazioni sull'azienda: quale sia la sua natura giuridica, quali elementi la compongano, se vada concepita unitariamente o

atomisticamente, e via dicendo. Non se ne troverà perciò in questo scritto una considerazione diffusa e soprattutto, come subito dirò meglio, non le si troverà discusse nel loro ordine più comune. Per le stesse ragioni, ho poi scelto di contenere i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali a quelli essenziali o poco più: la produzione scientifica e di commenti è enorme e continua e d'altra parte le opere cui attingere per un ragguaglio anche amplissimo sono assai note e in alcuni casi pure aggiornate (sebbene restino di sicura, profittevole lettura anche, se non soprattutto, gli studi prodotti tra gli anni Cinquanta e Settanta del secolo scorso), sicché un riepilogo bibliografico completo o vicino alla completezza aggiungerebbe anch'esso assai poco a quanto è già facilmente reperibile.

Insisterò per converso molto sulla necessità di passare dalla prospettiva del diritto dei beni a quella del diritto dell'impresa, forse più di quanto lo scostamento dalle posizioni classiche imporrebbe, perché anche là dove, come in buona parte dei casi, le soluzioni esegetiche finiscono per coincidere o per assomigliarsi, ritengo importante evidenziare la maggior congruità e coerenza sistematiche di una ricostruzione meno debitrice di matrici civilistiche e più attenta invece alle specificità giuscommercialistiche dell'istituto.

Questa prospettiva impone altresì un'inversione nell'ordine di trattazione dei diversi argomenti. Solitamente si presenta l'azienda per ciò che essa è, per ciò che la caratterizza e per ciò che contiene. La si descrive e la si qualifica¹, per passare solo in un secondo momento alla presentazione della relativa disciplina. Il percorso va rovesciato (al di là di qualche notazione iniziale, specie di carattere storico). La considerazione della disciplina è cruciale, perché costituisce l'*a priori*, e non già l'*a posteriori*, della ricostruzione della nozione: essa (la disciplina, e si intende quella dedicata alla circolazione; l'art. 670 c.p.c. potrà venire in considerazione più avanti), consentendo di mettere a fuoco il fenomeno regolato, permette di cogliere il ruolo che l'azienda riveste nel microsistema normativo di cui è protagonista² e così di affrontare con i corretti strumenti

¹ Un approccio prevalentemente classificatorio, osserva P. SPADA, *Lezione sull'azienda*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985, p. 45.

² Per la verità l'espressione "azienda" ricorre in una pluralità di contesti normativi e ne è acquisito in dottrina il riconoscimento della possibile plurivocità: P. SPADA, *Lezione sull'azienda*, cit., p. 53 ss.; M. S. SPOLIDORO, *Conferimento di ramo d'azienda (considerazioni su fattispecie e disciplina applicabile)*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 694; M. PERRINO, *Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria*, Torino, 2005, p. 42 s. Qui il fuoco verrà portato sulla disciplina generale della sua circolazione, allo scopo di dare contorno alla relativa fattispecie e di porre le basi per una ricostruzione sistematicamente coerente delle altre vicende giuridiche in cui l'azienda può essere coinvolta.

concettuali l'esame delle ulteriori vicende giuridiche in cui la medesima può risultare coinvolta³. La dimensione per così dire dinamica dell'istituto rappresenta dunque il muro portante della costruzione, attorno al quale le tematiche (non meno attuali, sia chiaro, e sul piano generale non meno significative) che tradizionalmente si sviluppano muovendo dalla sua dimensione statica (dal dibattito sulla configurabilità di una situazione di tipo dominicale e possessoria sul complesso; e si tratta dei temi dell'usucapione, della tutela processuale ecc.) devono venire invece collocate.

PARTE PRIMA. DALL'AZIENDA ALL'IMPRESA: EFFETTO ATTRIBUTIVO ED EFFETTO SOSTITUTIVO NELL'EVENTO CIRCOLATORIO

2. E' forse il suo antico lignaggio ad avere orientato sino ad oggi la prospettiva da cui si legge comunemente la disciplina dell'azienda, se ne decodificano i principi e si edifica l'istituto. Fondamentalmente ogni ricostruzione si muove e si dipana tutta sul piano del diritto dei beni⁴: bene senz'altro produttivo (o complesso produttivo, per il momento non ha importanza), l'azienda, ma comunque bene; e le disposizioni concernenti il suo trasferimento regole di circolazione di beni, proiettate sicuramente nella dimensione dinamica dell'attività, ancora in ragione della connotazione produttiva del loro oggetto, ma pur sempre regole a corredo di una vicenda vista come avente natura eminentemente circolatoria.

La stessa topografia codicistica in qualche modo esprime questa medesima prospettiva, con le "disposizioni generali" sull'azienda poste al vertice di un microsistema comprendente norme sui segni distintivi (dunque beni, per quanto immateriali) e precedenti un altro, contenuto *corpus*, dedicato all'*intellectual property* in senso più stretto; e con la collocazione, in testa al pacchetto disciplinare, di una norma definitoria (l'art. 2555) chiaramente costruita dal punto di vista degli oggetti di diritto.

La sistemazione teorica italiana manifesta d'altra parte fortissimi punti di contatto con le letterature dell'Europa continentale. Si avrà modo di vedere⁵ come gli ordinamenti dei principali Paesi di *civil law* o non presentino affatto in questa materia, o presentino reticolati normativi meno

³ Un ordine di indagine movente dalla disciplina fu propugnato già da D. PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda*, Napoli, 1970, p. 8 ss., il quale però poi non si distaccò, negli esiti, dalla prospettiva classica, impegnandosi sempre nella ricerca del bene oggetto delle vicende dispositive.

⁴ Osserva ancora P. SPADA, *Lezione sull'azienda*, cit., p. 47, che l'azienda avrebbe potuto essere collocata nel terzo, e non nel quinto libro del codice.

⁵ *Infra*, nei paragrafi successivi.

ricchi (spesso) e meno incisivi del nostro, e come questa lacuna finisca per favorire ancor più una collocazione dell'istituto che ne valorizza solo la sua dimensione statica: tanto vale per il *fonds de commerce* cui pure il Codice francese dedica non poca attenzione⁶, come per l'*establecimiento mercantil* nella sostanza negletto, ancorché non ignoto al diritto spagnolo, come infine per il *Handelsgeschäft* tedesco, la cui circolazione è trattata nel *HGB*, con disposizioni di incerto inquadramento, esclusivamente sotto il profilo della responsabilità per i debiti relativi al suo esercizio.

Eppure le dinamiche imprenditoriali moderne e gli esiti cui la stessa giurisprudenza nel riscontrarle e nell'interpretarle è giunta dovrebbero avvertire della limitatezza di una simile prospettiva. Vi sono segnali che vanno colti. Primo fra tutti, sul piano della realtà dei fatti, il dato per cui, oggi come oggi, l'importanza delle vicende circolatorie aventi ad oggetto aziende è ampiamente assorbita da modelli traslativi che, pur agenti tecnicamente su un diverso bene, nella loro proiezione economico-sociale alle prime corrispondono: i trasferimenti delle partecipazioni sociali (di controllo) ne hanno in effetti raccolto in gran parte il testimone, per un fenomeno di assorbimento determinato dall'ormai compiuto superamento dell'impresa individuale quale formula organizzativa e di imputazione dell'attività economicamente rilevante (pur in costanza di un numero ancora assai importante di imprenditori operanti a titolo individuale, nel nostro Paese⁷) e dall'affermarsi dei modelli societari come le forme principi per l'esercizio della produzione e del commercio, anche nelle medio-piccole dimensioni. L'accostamento si sviluppa sul piano della funzione economica, realizzando l'una e l'altra vicenda, pur con strumenti e producendo effetti giuridicamente distanti, una sostituzione al vertice dell'azione imprenditoriale. E' specialmente la letteratura d'oltreconfine a rilevare questa vicinanza, articolando idealmente il fenomeno del subentro nell'impresa nelle due forme dell'acquisto diretto e di quello indiretto⁸. Ma è esattamente

⁶ Oltre agli autori che verranno citati più avanti v., sulle recenti novelle che hanno interessato la disciplina concernente la cessione del *fonds*, per alcuni ragguagli, B. SAINTOURENS, *La vente de fonds de commerce après la loi du 6 août 2015, dite loi Macron*, in *Rev. trim. dr. comm.*, 2015, p. 687 ss.; ID., *La réforme du droit de la vente de fonds de commerce par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 de simplification du droit*, in *Rev. trim. dr. comm.*, 2012, p. 293 ss.

⁷ Il dato sulle consistenze generali delle imprese iscritte, al 31 dicembre 2014 (disponibile su www.mi.camcom.it/web/guest/database-societario, accesso: 8 marzo 2016), registrava oltre tre milioni di imprese individuali.

⁸ Cfr. ad esempio, nella letteratura spagnola, Á. ROJO, *El establecimiento mercantil (II). Transmisión*, in R. URÍA – A. MENÉNDEZ, *Curso de derecho mercantil*, I, II ed., Cizur Menor, 2006, p. 135; l'accostamento è presente anche nella letteratura tedesca: P. KINDLER, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht*, VII ed., München, 2014, § 5, *Rn.* 12, p. 102; K. SCHMIDT, *Handelsrecht, Unternehmensrecht I*, VI ed., Köln, 2013, § 5, *Rn.* 17 ss., p. 170 ss.

in questa stessa prospettiva che si situa, portandosi sul piano delle regole, anche l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale interno, affermando l'applicabilità analogica dell'art. 2557 alle cessioni di partecipazioni sociali⁹. E la stessa giurisprudenza poi, nell'affrontare il diverso problema dei presupposti di applicazione dell'art. 2112, si mostra incline a valutare, come vedremo, la contiguità del trasferimento d'azienda ad altre vicende, solo *lato sensu* circolatorie, ed il cui *focus* non è la trasmissione di un'unità produttiva, ma il subentro in un determinato "spazio" imprenditoriale¹⁰.

Si delinea in definitiva una sorta di tensione tra un impianto concettuale e di sistemazione della materia interamente poggiante sulla dimensione reale (= di *res*) dell'aggregato produttivo e una realtà economica, cui il diritto vivente delle Corti non rimane insensibile e fa eco, che evoca piuttosto l'idea della sostituzione al vertice dell'impresa e che sembra dipanarsi dunque propriamente nella dimensione dell'attività.

Questa tensione suggerisce di per se stessa di accostarsi al problema dell'inquadramento della disciplina dell'azienda con spirito maggiormente critico. Non c'è dubbio che essa, come complesso di fattori produttivi, appartenga al mondo degli oggetti di diritto; e non c'è dubbio che il suo trasferimento rappresenti una vicenda traslativa in senso proprio. Tuttavia nessuno può negare che le sue specificità e le specificità dei fenomeni circolatori che la riguardano siano tali da non essere stati ancora adeguatamente sistematizzate all'interno del diritto dei beni. Sono la stessa tormentatissima storia della ricerca concernente la sua natura giuridica (una storia plurisecolare che ripropone ancora modernamente posizioni antichissime senza riuscire a raggiungere un approdo conclusivo), gli stessi interrogativi che attorno ad essa si formulano e l'infruttuosità delle risposte che talvolta ricevono a risultare rivelatori di un'*impasse* che probabilmente solo un cambio di prospettiva potrebbe contribuire a superare. La perdurante riproposizione e contrapposizione delle teorie atomistiche e di quelle unitarie, l'attorcigliamento attorno al problema se l'azienda vada annoverata fra le universalità, tra i beni immateriali, tra i beni mobili, se essa consista nel collante

⁹ Cfr. Cass. 4 febbraio 2009, n. 2717; Cass. 19 novembre 2008, n. 27505; Cass. 24 luglio 2000, n. 9682; Cass. 16 febbraio 1998, n. 1643; Cass. 20 gennaio 1997, n. 549; Trib. Grosseto, 27 aprile 2015, *iusexplorer*; Trib. Milano, 29 maggio 2013, *iusexplorer*; Trib. Torino, 22 gennaio 2009, *iusexplorer*; Trib. Belluno, 28 febbraio 2007, *iusexplorer*. L'orientamento supera ormai univocamente le precedenti posizioni, viceversa contrarie all'estensione analogica del divieto, in ragione della sua eccezionalità (perché limitante la libertà di iniziativa economica) o dell'estraneità dell'atto traslativo di quote al fenomeno circolatorio avente ad oggetto l'azienda: Cass. 23 aprile 1980, n. 2669; App. Cagliari, 26 gennaio 1998, in *Riv. giur. sarda*, 1999, p. 405; App. Milano, 15 luglio 1997, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1999, p. 222; App. Bologna, 1 giugno 1996, in *Gius*, 1996, p. 2037.

¹⁰ *Infra*, par. 4.

organizzativo o nella clientela o nell'insieme unificato delle sue componenti o se vada sciolta in queste¹¹, la questione, ancora presente specie in giurisprudenza, del censimento dei suoi elementi costitutivi (solo i beni? anche i c.d. servizi? l'intero spettro delle relazioni giuridiche scaturenti dal suo esercizio?) sono il portato assolutamente coerente della prospettiva classica mai abbandonata, ma sono anche lo specchio della sua inadeguatezza, la quale si manifesta nella sostanziale apoditticità degli esiti cui costringe, come anche nella sterilità di molti di essi; e così pure accade per alcuni precipitati applicativi che le Corti anche recentemente vi hanno ricollegato (in tema di usucapibilità dell'azienda, o a proposito della sua suscettibilità di ricevere protezione secondo le azioni dominicali e possessorie)¹².

3. Il lignaggio dell'istituto, come si è detto, è davvero molto antico.

Da Demostene apprendiamo che la più importante banca ateniese, guidata per molto tempo dall'ex schiavo Pasione, uomo d'affari assai abile e scaltro, protagonista di numerose battaglie giudiziarie e di altrettanti, non insignificanti fatti della vita economica attica del quarto secolo¹³, venne infine concessa in affitto al suo collaboratore Formione¹⁴. Il testo del contratto, in una forma assai sintetica e ben lontana dalla complessità oggi propria degli atti traslativi di un'azienda bancaria (d'altra parte la stessa attività dei *trapezitai* assumeva all'epoca connotati profondamente diversi da quelli attuali¹⁵), è giunto sino a noi¹⁶.

Maggior interesse suscita però la lite che vide coinvolti Epicrate e Atenogene e registrata in una orazione di Iperide, allo stato rappresentativa probabilmente della prima controversia giudiziaria nella storia della letteratura giuridica, concernente il trasferimento di un'azienda¹⁷. Epicrate, uomo di cui rimane ben tratteggiata la dabbenaggine nella descrizione peraltro giuridicamente assai fine del testo, viene indotto dal convenuto Atenogene e da una compiacente *maîtresse* all'acquisto di

¹¹ V. *infra*, per i necessari riferimenti.

¹² *Infra*, nella Parte seconda.

¹³ R. BOGAERT, *Banques et banquiers dans les cités grecques*, Leyden, 1968, pp. 63 ss.

¹⁴ Sulla storia di Formione v. R. BOGAERT, *Banques et banquiers dans les cités grecques*, cit., pp. 74 ss.

¹⁵ E. E. COHEN, *Athenian Economy and Society: A Banking Perspective*, Princeton, 1992; P. MILLETT, *Lending and Borrowing in Ancient Athens*, Cambridge, 1991, part. pp. 197 ss.; S. VON REDEN, *Money in the Ancient Economy: a Survey of Recent Research*, in «Klio», 84 (2002), vol. 1, pp. 143 ss.; per alcuni ulteriori riferimenti bibliografici v. M. CIAN, *Le antiche leggi del commercio. Produzione, scambi, regole*, Bologna, 2016, p. 260, nt. 170.

¹⁶ Demostene, *C. Stefano I*, XLV, 31.

¹⁷ Iperide, *C. Atenogene*; cfr. CIAN, *Le antiche leggi del commercio*, cit., pp. 254 ss.; la ricordava già E. GOMBEAUX, *La notion juridique du fonds de commerce*, Paris, 1902, pp. 127 ss.

uno schiavo e della di lui bottega di profumi, sul presupposto che i relativi debiti fossero ampiamente coperti dal valore del magazzino; successivamente, emerse passività assai più consistenti di quelle rappresentate dall'alienante, e trovatosi così sul lastrico, Epicrate cita quest'ultimo al fine, sostanzialmente, di vedere dichiarata l'invalidità dell'atto traslativo o, in subordine, di sottrarsi alla responsabilità per i debiti aziendali.

La vicenda non documenta, per la verità, l'esistenza in Grecia di regole concernenti il patrimonio d'impresa e accostabili all'attuale disciplina contenuta nell'art. 2560 c.c.; è piuttosto lo schiavo ceduto, non l'apparato aziendale, a veicolare i debiti verso l'acquirente. L'interesse, storico, culturale e letterario per l'episodio rimane nondimeno indiscutibile.

La scienza giuridica romana comincia ad elaborare le categorie nozionali attorno a cui si costruisce il fenomeno dell'azione imprenditoriale (pur nelle probabili, enormi differenze tra le strutture e modalità organizzative dell'economia latina, rispetto a quella moderna¹⁸) e ad isolare i concetti di *taberna*¹⁹ e di *merx peculiaris*²⁰: i quali, passati attraverso l'opera interpretativa dei glossatori e dei postglossatori²¹, vengono a costituire le basi su cui matura e prende forma la letteratura contemporanea sull'azienda.

¹⁸ A proposito delle strutture economiche basta considerare la fondamentale, per quanto discussa opera di M. FINLEY, *The Ancient Economy*, Berkeley, 1973 (1999, con prefazione di Morris), tradotta in italiano con il titolo *L'economia degli antichi e dei moderni*, Bari, 1974; e per quanto riguarda più specificamente le strutture giuridiche su cui si fondava l'attività d'impresa A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo «manager» in Roma antica (II sec. A.C.-II sec. D.C.)*, Milano, 1984; ID., *Filius, servus e libertus, strumenti dell'imprenditore romano*, in M. MARRONE (a cura di), *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica. Erice 22-25 novembre 1988*, Palermo, 1992, pp. 231 ss.; cfr. altresì F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Ospedaletto, 1989, part. pp. 17 ss.

¹⁹ Notissima la definizione di Ulpiano (D. 50.16.185): "*Instructam autem taberna sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat*".

²⁰ Tra i molti contributi, v. T. J. CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto "de tributaria actione"*, Roma, 1993, pp. 283 ss.; A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana*, Napoli 1991, e, limitandosi ai primi studi dell'epoca contemporanea dedicati all'azienda nel diritto attuale e ricognitivi delle elaborazioni più antiche, G. CASTELLI-AVOLIO, *L'azienda commerciale nella teoria e nella pratica del diritto*, Napoli, 1925, pp. 37 ss.; L. FERRARA, *L'azienda commerciale negli studi recenti*, in *Giur. it.*, 1902, IV, c. 294 ss.; H. OPPIKOFER, *Das Unternehmensrecht*, Tübingen, 1927, pp. 30 ss.; e sul celebre passo di Scevola a proposito del pegno della *taberna* (D. 20.1.34) anche D. BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936, pp. 230 ss.; U. NAVARRINI, *Studi sull'azienda commerciale*, Modena, 1901, pp. 108 ss.; V. SCIALOJA, *Nota a Cass. 24-11-1882*, in *Foro it.*, 1883, I, c. 713 s.; H. DERNBURG, *Pandekten*, I, Berlin, 1884, p. 658; B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, Torino, 1925, p. 814 s.

²¹ G. VALERI, *La dottrina dell'azienda commerciale nelle opere dei postglossatori*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Vivante*, II, Roma, 1933, pp. 313 ss.

Gli studi meno recenti hanno esplorato se si può dire quasi ogni strada nello sforzo di inquadramento di una componente della realtà d'impresa che sembra sfuggire ad ogni facile tentativo di catalogazione. Solo per motivi di censimento e cronaca storica vanno registrate costruzioni ormai completamente abbandonate, ma pur sempre interessanti per quanto rivelano della propensione ad accostarsi al fenomeno non dalla prospettiva del diritto dell'impresa e dunque dell'attività, ma ricorrendo ad ogni possibile categoria del diritto civile: l'azienda è così transitata attraverso l'universo dei soggetti di diritti²² e quello dei negozi giuridici²³ prima di insediarsi stabilmente nell'area degli oggetti di diritto. Dimensione, quest'ultima, all'interno della quale essa ha occupato sostanzialmente ogni posizione immaginabile: da quelle più classiche, con l'assunzione della veste di *universitas rerum* (o *facti*, o di cose, o di beni)²⁴, o di *universitas iuris* (o *iurium*, o universalità di diritti)²⁵, o di aggregato di beni distinti irriducibile ad unità²⁶, fino alle posizioni più singolari, annoverata tra le cose composte²⁷, tra i beni immateriali²⁸, tra le situazioni possessorie²⁹.

²² W. ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht*, IV ed., Lipsia, 1887, p. 54 ss.; la teoria non sembra però avere raccolto consensi nella letteratura italiana: in senso avverso v. infatti, già sotto il vigore del codice di commercio, C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, III, V ed., Milano, 1924, p. 3 s.; A. ROCCO, *Diritto commerciale*, Milano, 1936, p. 268; e più recentemente F. FERRARA jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, II ed., Milano, 1982 (1948), p. 82 ss.; A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, II ed., Napoli, 1959, p. 90 s.; M. ROTONDI, *Diritto industriale*, V ed., Padova, 1965, p. 39 ss.

²³ G. CARRARA, *Appunti per una nuova impostazione del concetto di azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 45 ss. La tesi rimase però isolata: per tutti, in senso critico, I. LA LUMIA, *Trattato di diritto commerciale, Parte generale*, Milano-Messina, 1940, p. 235 s.; M. ROTONDI, *Diritto industriale*, cit., p. 49 ss.

²⁴ In epoca anteriore al codice del 1942 v. fra gli altri A. ROCCO, *Diritto commerciale*, cit., p. 264 ss.; U. NAVARRINI, *Studi sull'azienda commerciale*, cit., p. 3 ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano, Parte generale*, IV ed., Milano, 1929, p. 273; sotto il codice attuale, senza pretesa di completezza, M. GHIDINI, *Disciplina giuridica dell'impresa*, Milano, 1950, p. 184 ss.; A. DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, Milano, 1950, p. 26 ss.; M. ROTONDI, *Diritto industriale*, cit., p. 55 ss.; P. GRECO, *Corso di diritto commerciale*, II ed., Milano, 1948, p. 116 ss.; I. LA LUMIA, *Trattato*, cit., p. 218 ss.; recentemente R. TOMMASINI, *L'azienda*, in R. TOMMASINI – M. GALLETTI, *Statuto dell'imprenditore e azienda, Tratt. dir. civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 219 ss.; per la configurazione come *universitas* v. anche G. BONFANTE – G. COTTINO, *L'imprenditore*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. Cottino, I, Padova, 2001, p. 620 ss.

²⁵ La tesi risale all'opera di C. FADDA e P. E. BENZA (Note a B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, V, Torino, 1926, p. 59 ss.). Successivamente, e con varietà di impostazioni, v. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1981, p. 87 s.; F. MESSINEO, *Manuale del diritto civile e commerciale*, I, IX ed., Milano, 1957, p. 418 ss.; R. PROVINCIALI, *Il sequestro d'azienda*, Roma, 1948, p. 19 ss.. In senso critico v. per tutti F. FERRARA jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 90 s.; G. FERRARI, voce "Azienda", in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 690 s.

²⁶ V. in particolare G. E. COLOMBO, *L'azienda*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, diretto da F. Galgano, III, Padova, 1979, p. 1 ss.; G. U. TEDESCHI, *L'azienda*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 16****, II ed., Torino,

Tutte queste ricostruzioni hanno caratterizzato la letteratura del Ventesimo secolo, prima e dopo l'opera legiferatrice del Codice civile moderno, giungendo, in buona misura senza avere perso smalto alcuno dal tempo della loro prima proposizione, sino ai nostri giorni.

2012, p. 13 ss.; T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, III ed., Milano, 1962, p. 318 ss.; G. AULETTA, *Dell'azienda*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1947, sub art. 2555, p. 23 ss.; G. FERRARI, voce "Azienda", cit., p. 692 ss.; D. PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda*, Napoli, 1970; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, VII ed. a cura di M. Campobasso, Torino, 2013, p. 143 ss.; U. MINNECI, *Trasferimento di azienda e regime dei debiti*, Torino, 2007, p. 12 ss.

²⁷ D. BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, cit., p. 356 ss.; in senso critico v. F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 420; F. FERRARA jr., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 99 s.; N. VISALLI, *Locazione d'immobile ed affitto d'azienda*, Napoli, 1969, p. 33 s.; I. LA LUMIA, *Trattato*, cit., p. 236; M. CASANOVA, *Studi sulla teoria dell'azienda*, Roma, 1938, p. 140 ss.

²⁸ Ispirata alle concezioni di Isay e di Pisko (O. PISKO, *Das kaufmännische Unternehmen*, in *Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts*, II, 1, Lipsia, 1914, p. 195 ss.; R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, Berlino, 1910), la costruzione dell'azienda come bene immateriale si deve principalmente a G. VALERI (*Manuale di diritto commerciale*, II, Firenze, 1950, p. 9 ss.; *Impresa, azienda, fondo nel nuovo diritto agrario italiano*, in *Riv. dir. agr.*, 1943, p. 147 ss.) e soprattutto a F. FERRARA jr. (*La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 113 ss.) (ma v. anche M. GHIRON, *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, Torino, s.d., p. 262 ss.; R. BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, 1960, p. 474 ss.): l'azienda consisterebbe nell'organizzazione, nell'insieme dei collegamenti tra i beni. In senso critico, fra gli altri, D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., p. 143; G. FERRARI, voce "Azienda", cit., p. 695 ss.; A. VANZETTI, *La tutela della proprietà e del possesso dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, p. 435 ss.; M. ROTONDI, *Diritto industriale*, cit., p. 45 ss.; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1974, p. 706 ss.; R. TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986, p. 34 ss.; T. RAVÀ, *Diritto industriale*, II ed., Torino, 1981, p. 282 s.; G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., sub art. 2555, p. 36 ss.; A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, cit., p. 88 ss.; P. GRECO, *Corso*, cit., p. 103; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 13 ss.; F. MARTORANO, *L'azienda*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2010, p. 26 ss. La tesi ha trovato eco anche nella dottrina spagnola: C. FERNÁNDEZ-NOVOA, *Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos*, in *Rev. der. merc.*, 1965 (95), p. 7 ss.

Accostabile a questa per il comune inquadramento tra i beni immateriali, sebbene si collochi in una prospettiva affatto diversa, la teoria che ravvisa nel *fonds de commerce* sostanzialmente un diritto sulla clientela: L. VOGEL, *Du droit commercial au droit économique, Traité de droit des affaires Ripert-Roblot*, T. I, XIX ed., Paris, 2010, n. 435, p. 392, n. 440 s., p. 396 ss. Sulla natura giuridica del *fonds de commerce* v. altresì Y. GUYON, *Droit des affaires*, I, XII ed., Paris, 2003, n. 697 ss., p. 748 ss.

²⁹ L'azienda consisterebbe, precisamente, in una "situazione possessoria specifica": T. RAVÀ, *Diritto industriale*, cit., p. 409 ss., e cfr. anche P. SPADA, *Affitto d'azienda*, in *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976, p. 231 ss.; ID., *Lezione sull'azienda*, cit., p. 51. Criticamente R. TOMMASINI, *Contributo*, cit., p. 250.

4. La considerazione dell'azienda esclusivamente nella sua dimensione reale di bene riduce la sua disciplina a un congiunto di regole speciali per l'oggetto e per questa via ne perde fondamentalmente la connotazione giuscommercialistica: la messa a fuoco dell'attitudine produttiva del complesso non sposta il baricentro della questione, venendo tali regole funzionalizzate alla conservazione della qualità precipua di un bene, l'avviamento. In questo stesso quadro si situa la classificazione tipologica della vicenda negoziale, o, per meglio dire, il rifiuto di qualsiasi classificazione tipologica, nelle posizioni teoriche più diffuse: per le quali l'atto traslativo riproduce puramente e semplicemente lo schema causale della matrice contrattuale concretamente adottata (vendita, donazione, conferimento ecc.), senza che la dimensione produttiva del bene interferisca sul punto in alcun modo.

La premessa maggiore (l'aver il bene medesimo una vocazione imprenditoriale) è evidentemente corretta, ma non basta a fondare la disciplina. Nella sua versione attuale, questa rivela in effetti con chiarezza l'insufficienza di una simile impostazione. Sotto il profilo dell'informazione al mercato, la rilevanza economica del bene ceduto non spiega la previsione dell'obbligo pubblicitario³⁰, tanto più che, per effetto dell'impianto soggettivo del Registro, ogni pubblicità viene omessa quando né l'alienante, né l'acquirente siano iscritti nel medesimo. Sotto il profilo delle relazioni contrattuali, se l'interesse al mantenimento dell'attitudine produttiva e dell'avviamento può rendere ragione dell'automatismo nella successione, tra le parti del negozio traslativo, non può invece di per sé giustificare la degradazione dell'interesse del contraente ceduto, il quale subisce il mutamento soggettivo della propria controparte, salvo il limitato potere di scioglimento del rapporto, in deroga alla disciplina generale del contratto (art. 1406 ss.). Non è un caso che, negli ordinamenti in cui non sono presenti disposizioni analoghe all'art. 2558, il subentro nei contratti sia talvolta evinto dalla stessa volontà traslativa, per quel che riguarda il profilo interno all'alienante e all'acquirente, ferma restando però la necessità di raccogliere il consenso individuale

³⁰ Non possono rilevare in proposito, come si dirà in seguito, le ragioni storiche che hanno determinato la novellazione dell'art. 2556, collegate alla volontà di assicurare la trasparenza in questo tipo di operazioni finanziarie al fine di sfavorire il reinvestimento di risorse di provenienza illecita: cfr. sul fondamento della riforma, tra i molti, A. CERRAI, *La trasparenza delle cessioni di aziende e nei trasferimenti di partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 999 ss.; P. SPADA, *La "legge Mancino" e la circolazione della ricchezza imprenditoriale: forma degli atti e funzioni di polizia*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, p. 283 ss.; M. RESTINO, *Brevi note sulla disciplina in materia di trasferimento di azienda e di cessione di "esercizi commerciali" (l. 12 agosto 1993, n. 310)*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 1034 ss.; sulla novella, in generale, v. anche C. LICINI – P. PASQUALIS, *Commentario alla l. 12 agosto 1993, n. 310*, in *Nuove leggi civ.*, 1996, p. 1 ss.

di ciascun terzo contraente³¹. Quanto alla responsabilità per i debiti aziendali, il relativo fondamento può essere solo con estrema difficoltà rinvenuto nella significatività del complesso aziendale in funzione della garanzia patrimoniale generica per il creditore³². Giova osservare come questo tema, affrontato più diffusamente dei restanti dai principali ordinamenti dell'Europa continentale, riceva nei medesimi risposte tra loro estremamente eterogenee: se alcuni di essi si mostrano sensibili (pur attivando soluzioni alternative) all'interesse del creditore focalizzato sulla conservazione della garanzia rappresentata dagli *assets* aziendali, altri introducono regimi di responsabilità dell'acquirente palesemente sganciati da un simile obiettivo, in quanto disponibili dall'autonomia negoziale e subordinati alla continuazione della medesima ditta (ancorché modificata) da parte dell'acquirente stesso³³. Restando alla disciplina italiana, la circostanza che la corresponsabilità di quest'ultimo non dipenda dall'effettiva presenza nel complesso trasferito di beni suscettibili di espropriazione (per ipotesi, l'azienda potrebbe essere costituita esclusivamente da beni condotti dall'alienante in locazione) rende poco produttivo continuare a ragionare in termini di garanzia patrimoniale del creditore³⁴; né questa potrebbe essere recuperata assumendo l'espropriabilità dell'azienda come bene indiviso autonomo, bene il cui valore, avulso dai suoi elementi costitutivi, è invero nullo³⁵.

Anche i problemi suscitati dall'individuazione del perimetro di applicazione della normativa speciale non risultano superabili, se li si affronta mantenendosi sul piano dell'oggetto. Le difficoltà

³¹ Cfr. ad es. F. SÁNCHEZ CALERO – J. SÁNCHEZ-CALERO GULARTE, *Instituciones de derecho mercantil*, I, XXXVII ed., Cizur Menor, 2015, p. 312; v. anche M. BROSETA PONT – F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de derecho mercantil*, I, XXII ed., Madrid, 2015, p. 153 s.; richiede la volontà espressa delle parti del negozio traslativo, ma ponendo l'accento soprattutto sulla necessità di raccogliere il consenso del contraente ceduto, Á. ROJO, *El establecimiento mercantil*, cit., p. 137 ss.

Non vi è cessione dei contratti (salvo i rapporti di lavoro) per diritto francese, per cui il *fonds* è trasmesso “*nu*”: Y. GUYON, *Droit des affaires*, I, cit., n. 705-1, p. 756 s.; in giurisprudenza, *Cass. com.*, 20 ottobre 2009, n. 07-18687 (per alcune osservazioni v. *Rev. trim. dr. comm.*, 2010, p. 62).

³² Questa lettura dell'art. 2560 è assai diffusa: G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 63 e p. 150 s.; cfr. pure D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., p. 101 e 114; G. FERRARI, voce “Azienda”, cit., p. 730; G. U. TEDESCHI, *L'azienda*, cit., p. 111; B. LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009, p. 117; A. DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, cit., p. 277; in giurisprudenza, da ultimo, *Cass.* 30 giugno 2015, n. 19319, in *Giur. it.*, 2015, p. 2125. V. in Germania le critiche mosse (ovviamente con riguardo alla disciplina contenuta nel *HGB*) da C.-W. CANARIS, *Handelsrecht*, XXIV ed., München, 2006, § 7, *Rn.* 12 ss., p. 102 s., nonché da K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit., § 7, *Rn.* 21, p. 251 s.

³³ V. *infra*, nel par. successivo.

³⁴ Cfr., in senso critico rispetto alla tesi tradizionale, pure F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 232 s.; M. PERRINO, *Le cessioni in blocco*, cit., p. 180 ss.

³⁵ Sul punto torneremo diffusamente, nella seconda parte di questo lavoro.

tipicamente incontrate allorquando ci si interroga sui limiti entro cui un aggregato di beni conserva natura aziendale pur abbisognando di integrazioni paiono insormontabili fin tanto che si rimane fedeli al criterio, tanto caro alla giurisprudenza³⁶, della produttività *in nuce*, o del residuo di organizzazione, che, in una sorta di enfaticizzazione della visione prospettica, porta a riscontrare l'esistenza di un'unità operativa al cospetto persino di ruderi da ricostruire o di fabbricati distrutti dalla guerra. E finiscono se possibile per esasperarsi ancor più nel momento in cui si tratta di decidere il trattamento, in sede di circolazione, di singoli beni che presentino di per se stessi una vocazione produttiva e che abbiano, ancorché isolati, capacità di captazione di una clientela: è così che nel pensiero francese si è finito per classificare tra i *fonds de commerce* l'immobile come tale, in quanto sia adibito a punto vendita (o a garage, ad esempio; e una cessione d'azienda si configurerebbe anche in caso di trasferimento del rapporto di locazione sul medesimo)³⁷, così come potrebbe oggi predicarsi anche di un marchio o di un *domain name* ad uso commerciale, azzerandosi però in tal modo, con l'idea di complesso organizzato, lo stesso tratto che dovrebbe distinguere, senz'altro dal punto di vista funzionale ed economico e se possibile da quello giuridico, l'azienda dalle sue componenti³⁸.

In realtà, sono già queste ultime estremizzazioni a lasciar intravedere quel passaggio dalla prospettiva del bene alla prospettiva dell'attività, in cui si gioca la tensione tra la visione classica e i segnali provenienti dalla prassi economica e dal diritto vivente – della quale si è detto –, e che allora, alla luce delle criticità della prima, pare utile sperimentare per cercare di approdare ad un corretto inquadramento del fenomeno e della relativa disciplina.

Pur fortemente ancorata alla costruzione classica, quest'opera di erosione del concetto di azienda, nel ridurlo ai minimi termini, ne porta in primo piano la dimensione dinamica e la proiezione imprenditoriale, spostando il fuoco dall'elemento servente (i beni strumentali) a quello terminale (l'interazione con il mercato), con il qualificare il *fonds* in termini di diritto sulla clientela³⁹. Un avanzamento significativo, rispetto alle teorie che, pur inclini ad astrarre l'azienda

³⁶ *Infra*, par. 7, per tutti i riferimenti.

³⁷ Cfr. per i riferimenti, L. VOGEL, *Du droit commercial*, cit., n. 450, p. 403 s.

³⁸ Cfr. B. LIBONATI, *Corso*, cit., p. 115: a rigore, potrebbe configurarsi un trasferimento d'azienda con la cessione di un singolo bene, quando esso risultasse inserito “in un'organizzazione articolata in comportamenti dell'imprenditore e di terzi coordinati ad impresa”.

³⁹ Ancora L. VOGEL, citato *supra* (n. 435, p. 392, n. 440 s., p. 396 ss.). La valorizzazione della clientela, come elemento costitutivo essenziale del *fonds de commerce*, è d'altra parte comune in tutta la giurisprudenza francese: tra le più recenti v. *Cass. Com.*, 29 gennaio 2013, n. 11-28690 (per alcune osservazioni in merito, *Rev. trim. dr. comm.*, 2013,

dai suoi fattori costituenti, ne rimangono in realtà intimamente agganciate quando nella prima ravvisano, quale bene immateriale, l'organizzazione, ossia il collante strutturale atto a dare al complesso una funzione trascendente la somma dei secondi; ma il passaggio ancora non è completato e l'asserito diritto sulla clientela rimane una posizione giuridica non indipendente, ma necessariamente veicolata da un bene (materiale o immateriale), o da un complesso di beni, diversi, tanto che il *fonds* finisce per apparire un'entità dai due volti, l'uno confuso nell'altro.

Si tratta dunque sostanzialmente di un'intuizione, d'altra parte presente anche nelle posizioni propense a valorizzare, nella fase circolatoria, più che (o, meglio, oltre che) la natura dei beni ceduti, il profilo della volontà negoziale, capace di determinare la qualificazione dell'atto (come trasferimento d'azienda o come cessione di un conglomerato disarticolato di cose), a parità di oggetto, a seconda del suo indirizzamento (nota e ancora costantemente ripresentata è la formula giurisprudenziale concernente la distinzione tra affitto d'azienda – in cui i beni componenti l'insieme sono considerati dalle parti nella loro interdipendenza e complementarietà – e locazione di immobile con pertinenze – in cui il bene principale assume una posizione di centralità nella considerazione delle stesse parti⁴⁰; più risalente, ma altrettanto conosciuta, la tesi valorizzatrice dell'avviamento, quale elemento su cui la volontà negoziale dovrebbe appuntarsi⁴¹).

Se questa intuizione continua a ruotare attorno alle caratteristiche dell'oggetto della vicenda traslativa e non è dunque idonea a liberare l'autentico elemento focale del fenomeno⁴², significa che occorre spingere ancora più incisivamente nella direzione di un cambiamento di prospettiva nella sistematizzazione dell'istituto.

Si è ricordato il frequente accostamento tra circolazione dell'azienda e circolazione di quote societarie, nell'ottica del ricambio al vertice dell'impresa, cui si accompagna il riscontro della *vis* espansiva della disciplina speciale (ed in particolare del divieto di concorrenza, nella tradizione

p. 225 s.); *Cass. Com.*, 17 dicembre 2013, n. 12-22167 (su cui *Rev. trim. dr. comm.*, 2014, p. 307 s.); *C. App. Pau*, 28 febbraio 2008 (*Rev. trim. dr. comm.*, 2008, p. 499).

⁴⁰ Tra le numerosissime sentenze al riguardo v. recentemente *Cass.* 8 luglio 2010, n. 16138; *Cass.* 28 maggio 2009, n. 12543; *Cass.* 15 marzo 2007, n. 5989.

⁴¹ M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 732 ss.; si veda pure F. FERRARA jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 340.

⁴² Analogo rilievo pare poter essere mosso alla recente tesi di M. PERRINO, *Le cessioni in blocco*, cit., p. 159 ss., part. p. 172 ss., forse accostabile nella sostanza alla posizione sostenuta dal Casanova (*supra*): la fattispecie sarebbe caratterizzata dal fatto dell'essere specificamente programmati (in base alla volontà delle parti manifestatasi nell'obiettivo progetto negoziale) la conservazione e il passaggio all'acquirente del valore funzionale del complesso e della sua destinazione strumentale all'impresa. L'intuizione rimane comunque importante: si passa dalla considerazione del mero oggetto, a quella del programma di utilizzazione dell'oggetto.

giurisprudenziale) verso questo secondo gruppo di vicende. Esso pure contiene un'intuizione, la quale però slega finalmente la logica normativa, e dunque dell'istituto nella sua rilevanza e portata giuridica, dal piano dell'oggetto, mettendo al centro del discorso il fatto per la sua funzione economica e il suo effetto in quanto tali.

Non è senza significato, a questo proposito, la circostanza che la legge non disciplini l'azienda nella sua dimensione statica e neppure il suo sfruttamento, ma tratti esclusivamente gli atti di disposizione che la concernono. Apparentemente fa eccezione la previsione processualistica che legittima il suo sequestro giudiziario⁴³, quando ne siano controversi la proprietà o il possesso (art. 670 c.p.c.), ma anche rispetto ad essa l'accento può essere posto, più che sulle qualificazioni statiche (di classificazione dell'entità soggetta a sequestro e delle posizioni giuridiche su di essa ricostruibili) dalla norma suggerite, sul profilo dinamico (l'opportunità della gestione) del provvedimento⁴⁴. Profilo che spicca proprio nel momento in cui dell'azienda si dispone, per le conseguenze sul piano dell'impresa, cioè dell'attività, che l'atto traslativo o di concessione in godimento dell'apparato organizzativo produce. E non è senza significato il fatto che la disciplina consista in una relazione, che l'art. 2556 stringe tra la vicenda traslativa e la pubblicità d'impresa, e nell'attivazione di meccanismi di continuità nella conduzione dei rapporti sorti nell'esercizio dell'impresa.

Certamente, a proposito dell'accostamento con le vicende di cessione delle partecipazioni societarie, il ragionamento potrebbe essere a prima vista rovesciato: è facile in effetti replicare che la cessione di partecipazioni sollecita l'applicazione delle norme dedicate alla cessione d'azienda⁴⁵ non per motivi di identità funzionale, ma proprio in ragione dell'identità sostanziale dell'oggetto, stante la natura delle prime di beni mediamente attributivi della titolarità del patrimonio sociale e dunque dell'azienda medesima⁴⁶. Si tratterebbe però di un ulteriore errore di prospettiva, che

⁴³ E vale la pena ricordare pure le disposizioni contenute nel d. lgs. 159/2011 e specie l'art. 41, a proposito della gestione delle aziende sottoposte alla misura del sequestro preventivo, la cui disciplina appare orientata ad assicurare la conduzione unitaria del complesso, al pari di quanto è previsto, come si sta per dire nel testo, per il sequestro giudiziario; il Codice antimafia contiene tra l'altro diverse, non insignificanti norme sostanziali, che generano una importante interferenza con gli istituti privatistici della circolazione e gestione dell'azienda.

⁴⁴ *Infra*, sul punto.

⁴⁵ Per la verità di *una* norma, non delle altre, ma questo perché la dimensione pubblicitaria e quella di continuazione nell'impresa delle relazioni commerciali sono assorbite dalla alterità soggettiva propria della società e dall'imputazione dunque direttamente alla medesima dell'impresa e delle relazioni giuridiche in essa innervate.

⁴⁶ E in questa (errata) prospettiva potrebbe essere letto il rifiuto, tuttora presente tra le Corti, di applicare il divieto di concorrenza *ex art.* 2557 al caso del recesso del socio, sulla base dell'osservazione che, in tal caso, non si verificherebbe alcun trasferimento, né diretto, né indiretto, dell'azienda.

lascerebbe irrisolto il problema dell'insufficienza della ricostruzione classica quale fondamento della specialità disciplinare dell'istituto.

La giurisprudenza formatasi attorno all'art. 2112 si rivela in questo senso, pur tenute in debito conto le variazioni intervenute nel corso del tempo nel testo della disposizione, altrettanto interessante⁴⁷. E' chiaro che il fine di protezione dei dipendenti (cui si uniscono gli interventi in materia della normativa europea e dei giudici comunitari) muove leve tutt'affatto peculiari, che alle disposizioni degli artt. 2556 ss. rimangono estranee, ma le sollecitazioni discusse dalle Corti, imperniate sull'idea della sostituzione nell'esercizio dell'impresa, appaiono suscettibili di una proiezione più generale. E' pur vero anche che le soluzioni accolte rimangono fortemente ancorate al convincimento che occorra il passaggio di un'unità operativa, affinché si attivi la cessione automatica dei rapporti di lavoro; ma la varietà degli accadimenti esaminati, cui senza dubbio contribuisce la delicatezza sociale del tema, porta in luce eventi in cui il profilo traslativo si intreccia così saldamente con quello concernente la continuazione dell'attività da portare la riflessione su questo secondo più che sul primo.

E' così che si viene a discutere della configurabilità di una cessione d'azienda in caso di subentro di un'impresa ad un'altra nell'erogazione di un servizio, mediante la conclusione di un nuovo contratto di appalto con il committente; nell'ipotesi di rilascio, a favore di un nuovo soggetto, della concessione amministrativa per l'esercizio di una data attività; o in quella della ricostituzione, da parte di un nuovo imprenditore, della medesima rete di fornitori e clienti precedentemente legata ad un altro⁴⁸. Alcune di queste fattispecie e le valutazioni che ricevono sono emblematiche.

Se il mero inserimento di una nuova impresa nello stesso ambito concreto occupato da altra precedente non viene reputato sufficiente ad attivare la norma (così nel caso in cui il committente cessi l'appalto di servizi con un soggetto e costituisca un nuovo rapporto con altro, per il medesimo servizio), il trattamento cambia allorché l'inserimento sia accompagnato dalla fruizione, da parte del

⁴⁷ Sulla disciplina dell'art. 2112 e sulla nozione di trasferimento d'azienda dalla medesima presupposto v. in dottrina, per tutti, R. DE LUCA TAMAJO – M. T. SALIMBENI, in *Comm. del cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dell'impresa e del lavoro* (a cura di Cagnasso e Vallebona), Torino, 2013, sub art. 2112, p. 589 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Torino, 2014, p. 1 ss.

⁴⁸ V., sulla terza tipologia di fattispecie, Cass. 8 luglio 2011, n. 15094 (in cui la ricostituzione della rete relazionale era avvenuta a seguito dell'assunzione, da parte di una nuova società, del titolo sportivo precedentemente facente capo ad altra della stessa città); Cass. 19 agosto 2009, n. 18385 (in cui la ricostruzione delle relazioni commerciali si accompagnava all'acquisizione di una testata giornalistica); sulle fattispecie del nuovo appalto di servizi e della concessione amministrativa v. le sentenze che verranno riportate nelle note successive.

nuovo imprenditore, dello stesso apparato utilizzato dal primo, indipendentemente dalla possibilità stessa di configurare, sul piano tecnico-giuridico, una successione tra l'uno e l'altro nella titolarità/disponibilità di tale apparato⁴⁹: è così che un "trasferimento" d'azienda, ai sensi dell'art. 2112, diventa riscontrabile, nel caso in cui il servizio sia reso (dal nuovo, come dal vecchio appaltatore) con risorse e dotazioni materiali messe a disposizione dal committente (come potrebbe accadere nell'erogazione di certi servizi aeroportuali a favore della società gestrice dello scalo). Il punto è significativo: se un'unità operativa (un complesso di beni) può in tali ipotesi essere individuata, essa va rintracciata nella dotazione dal committente fornita in godimento a ciascun, successivo appaltatore; il che implica, nel caso di sostituzione dell'erogatore del servizio, il verificarsi di una retrocessione dell'azienda al committente stesso e della sua successiva attribuzione in godimento al nuovo imprenditore. Un simile, duplice passaggio formale (che tra l'altro dovrebbe determinare il subingresso intermedio del committente nei rapporti di lavoro) rimane integralmente assorbito, nella ricostruzione giurisprudenziale, dall'idea che si configuri qui un "trasferimento", per così dire diretto, dal primo al secondo appaltatore. Se ne può ricavare che la successione *ex lege* nei rapporti di lavoro si reputa attivata non in presenza di una vicenda giuridicamente qualificabile alla stregua di una cessione (in proprietà, in godimento, non importa) d'azienda, ma al verificarsi di altra vicenda che vede ai propri estremi due imprenditori, e purché ad essa si accompagni la *ricollocazione di fatto* della disponibilità di strumenti operativi dall'uno all'altro. Il trasferimento dell'azienda diviene in questa prospettiva, da vicenda giuridica costituente il cuore della fattispecie, un suo presupposto fattuale di integrazione.

Analoga impostazione e soluzione ricevono le vicende in cui due imprese si succedono quali beneficiarie di una concessione amministrativa⁵⁰, rispetto alle quali pure la fattispecie di cui all'art. 2112 è ritenuta integrata, purché il nuovo concessionario si serva di beni già in uso al precedente, ed ancorché fornitigli dall'amministrazione pubblica (ad esempio il parco veicoli, in un'attività di trasporto pubblico). Anche qui la messa a disposizione dei beni (ammesso che essi costituiscano di per sé un'unità produttiva: le sentenze sovente si esprimono in termini almeno in apparenza molto più sfumati, richiedendo la riallocazione di "elementi materiali significativi"⁵¹) non sembra rilevare

⁴⁹ Cfr. tra le molte Cass. 13 gennaio 2005, n. 493; Cass. 27 dicembre 1999, n. 14568; Cass. 18 marzo 1996, n. 2254; Cass. 24 febbraio 1992, n. 2285; Cass. 6 marzo 1990, n. 1755; meno chiara in proposito la fattispecie esaminata da Cass. 2 marzo 2012, n. 3301, forse un caso in cui il rapporto stesso di appalto era stato ceduto.

⁵⁰ Di particolare rilievo in questa prospettiva la vicenda esaminata da Cass. 15 ottobre 2010, n. 21278 e interessante per l'impostazione Cass. 9 gennaio 2008, n. 199; per la formulazione del principio di diritto sintetizzato nel testo, tra le ultime, v. anche Cass. 13 aprile 2011, n. 8460; Cass. 22 luglio 2009, n. 17100; Cass. 21 luglio 2009, n. 16941.

⁵¹ Così ad es. la citata Cass. 15 ottobre 2010, n. 21278, riportando testualmente altri, propri precedenti.

nella sua natura di vicenda circolatoria di un'azienda (il terzo attraverso cui giuridicamente transitano detti beni rimane estraneo all'operare della disciplina⁵²), ma esclusivamente come fatto condizionante l'applicazione di quest'ultima; il "trasferimento" dovendo essere ravvisato in un accadimento di natura diversa.

Lo stesso formulario per mezzo del quale questi principi vengono sovente tramandati (la successione nei rapporti di lavoro si innesca quando si ha un avvicendamento nella titolarità di un'entità economica che conserva la propria identità, *purché* si trasli una quantità non trascurabile di *assets*) segnala il diverso angolo visuale dal quale la fattispecie è vista. Non c'è dubbio che si tratta di un pensiero che non raggiunge un grado di compiuta ricostruzione sistematica, né, sotto questo profilo, del tutto univoco (altrettanto spesso si parla, per tutte le ipotesi sopra esaminate, di una "successione in senso ampio" nel complesso dei beni⁵³, per quanto in assenza di un rapporto negoziale diretto tra cedente e cessionario), ma ne emerge l'idea che la norma e l'effetto regolato non siano dipendenti dalla circostanza che si sta realizzando una vicenda traslativa speciale per il suo oggetto; la presenza del quale passa in sostanza dall'essere causa, all'essere semplice condizione di tale effetto.

Probabilmente meno significative, ma non per questo trascurabili, risultano le conclusioni stabilmente tratte dai giudici del lavoro, quando sono chiamati a decidere della configurabilità in concreto di un trasferimento di ramo d'azienda: qualificazione negata tutte le volte in cui il ramo è sostanzialmente creato *ad hoc*, al momento e per gli effetti della cessione⁵⁴. E' chiaro che l'esigenza di neutralizzare i tentativi di aggiramento dei vincoli disciplinari e di indebita dismissione dei lavoratori, perpetrati attraverso l'artificiosa estrazione dall'azienda di un pacchetto di beni all'uopo confezionati alla stregua di un ramo, rende le Corti, nel rispetto dei precetti comunitari, estremamente rigorose nelle proprie valutazioni; ma, al di là di ciò, resta utile rimarcare il rifiuto di classificare come ramo (oltre che l'insieme di beni pretestuosamente aggregati per l'occasione e privo di qualsivoglia capacità produttiva) ogni complesso che, pur astrattamente dotato di una tale capacità, risulti non identificabile come articolazione funzionalmente autonoma già nel contesto dell'azienda di partenza⁵⁵. L'assunto non va sopravvalutato: proprio perché il verificarsi di un

⁵² Merita ricordare a tal proposito anche Cass. 21 agosto 2015, n. 17063.

⁵³ Così ad es. Cass. 13 gennaio 2005, n. 493.

⁵⁴ La giurisprudenza sul punto è assai abbondante e sulla frequenza delle controversie ha giocato anche il mutare del testo normativo (con la scomparsa, dalla formula del co. 5, del riferimento alla preesistenza del ramo): v. tra le più recenti Cass. 12 agosto 2014, n. 17901; Cass. 16 aprile 2014, n. 8902; Cass. 15 aprile 2014, n. 8756; Cass. 30 marzo 2012, n. 5117.

⁵⁵ Si vedano per esempio Cass. 25 settembre 2013, n. 21917; Cass. 7 marzo 2013, n. 5678.

trasferimento d'azienda rappresenta il (solo) presupposto che legittima l'imposizione ai lavoratori della circolazione dei loro rapporti, è necessario impedire che a un apparato materiale confezionato appositamente vengano collegati altrettanto artificialmente mansioni e dunque personale di cui ci si vuole liberare; senonché il rigore applicato mostra almeno che l'art. 2112 non può essere concepito come funzione semplicemente della specialità dell'oggetto trasferito (in quanto non ogni unità astrattamente a vocazione imprenditoriale richiama l'applicazione della norma) e segna dunque un allontanamento dalla logica classica sottostante all'idea di azienda, il requisito della preesistente autonomia aggiungendo un elemento ulteriore, che mette in luce il profilo dell'ingresso del cessionario nella conduzione di un segmento dell'attività originaria (sebbene non necessariamente verticale, cioè già proiettato verso il mercato di sbocco della medesima).

Le intuizioni emergenti dalla lettura di questo copioso *corpus* giurisprudenziale vanno raccolte e valorizzate in una prospettiva più generale e non limitata al profilo dell'operatività dell'art. 2112. Non sembrano dipendere infatti, se non nella misura minima segnalata, da ragioni specifiche della materia lavoristica. L'ipotesi da mettere a confronto con l'intera disciplina sul trasferimento d'azienda è dunque quella della ricostruzione di tale fenomeno in termini non tanto di cessione di un'unità in sé produttiva, quanto di ingresso dell'acquirente in uno specifico contesto d'impresa⁵⁶.

Il mutamento di prospettiva non è trascurabile: come l'azienda, considerata nella sua dimensione statica, è uno strumento al servizio dell'attività, così il suo trasferimento non sarebbe che il veicolo per la realizzazione di un obiettivo che si porrebbe sempre sul piano dell'attività.

L'ipotesi che la vicenda circolatoria disciplinata sia da riguardare non come un evento traslativo, ma come un fatto d'impresa (alla stregua dell'inizio o della cessazione della stessa o, per fare un altro esempio, dello spostamento della sua sede) non ha un valore meramente classificatorio, ma genererebbe importanti ricadute nella lettura della disciplina e nell'individuazione del perimetro e

⁵⁶ Vale la pena ricordare, sempre a proposito della successione nei rapporti di lavoro, l'accentuazione presente nella giurisprudenza francese del profilo concernente la clientela (già lo si era sottolineato, in generale), in assenza della quale il *fonds de commerce* dovrebbe considerarsi non più *exploitable* e con ciò neppure più idoneo a trainare tali rapporti: è così che la restituzione al locatore del *fonds* a suo tempo concesso in *location-gérance* non determinerebbe il subentro del medesimo nei contratti di lavoro, ove la clientela fosse andata dispersa, e quantunque vi possano essere prospettive di reimpiego produttivo dei beni, cioè di ripresa dell'attività (*Cass. com.*, 17 dicembre 2013, n. 12-22167). E' chiaro che l'idea di fondo, coerente con le più generali posizioni pretorie d'Oltralpe, è che in tal caso non esista più il *fonds*, e va dunque riconosciuto che il percorso argomentativo continua a svilupparsi sul piano dell'oggetto del (ri)trasferimento; ma il rilievo dato qui all'assenza di clientela, pur in costanza di una produttività potenziale del complesso dei beni, rivela vigorosamente la comprensione dell'importanza che l'ingresso in uno specifico spazio imprenditoriale riveste nell'economia dell'istituto.

dei presupposti della sua possibile applicazione; come le ha rispetto all'art. 2112, le avrebbe sull'intero microsistema normativo speciale.

Che la dimensione dinamica (= dell'impresa) sia ben presente anche nell'impostazione classica e che essa sia posta a fondamento di buona parte almeno delle norme speciali è stato già detto. Ma si tratta di rovesciare l'ordine dei fattori: postulando che il sostegno alla continuazione dell'attività (mediante l'imposizione del divieto di concorrenza e il subentro, in varia misura, nel patrimonio aziendale) non sia posto a servizio dell'acquisto dell'unità operativa; che sia viceversa l'acquisto di questa ad essere strumentale alla continuazione dell'attività. Non applicandosi nella logica giuridica la proprietà commutativa, l'inversione dei fattori può alterare il risultato.

5. Il fatto d'impresa, in cui il trasferimento d'azienda si vuole far dunque in ipotesi consistere, sia rappresentato dall'ingresso dell'acquirente nell'impresa dall'azienda servita; non l'inizio di un'impresa, che è fatto diverso e già di per sé rilevante (dovendo essere come tale iscritto, tra l'altro), e neppure l'ingresso in un settore merceologico genericamente inteso; piuttosto, l'esercizio dell'attività in un ben determinato ambito relazionale, definito per mezzo dell'azienda stessa e del suo radicamento in un determinato contesto geografico e d'affari, in sintesi definito attraverso la sua contestualizzazione nel mercato.

Si tratta di quel fenomeno (pur con le dovute puntualizzazioni, che si esporranno) già da tempo evocato nel sintagma "successione nell'impresa", non qualificabile tecnicamente in questi termini semplicemente per l'impossibilità logico-concettuale, una volta classificata l'impresa tra i fatti giuridici, di configurare una circolazione di atti e sequenze di atti⁵⁷. E' però proprio questa premessa classificazione ad avere reso probabilmente difficoltoso avanzare oltre la constatazione di segno negativo e mettere a fuoco in positivo il fenomeno, inerente pur sempre all'impresa, che nel trasferimento d'azienda si realizza. Lo si può rappresentare se si considera l'impresa medesima nella sua dimensione temporale e meglio nella sua dimensione funzionale, quale serie di atti e fatti e quale loro coordinamento e orientamento in vista del conseguimento di un fine. Se due insiemi di comportamenti posti in essere da soggetti distinti non possono in generale che porsi tra loro in un

⁵⁷ Sul punto M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 70 e 733 ss. e gli autori ivi citati; la posizione di Casanova è tra le più sensibili all'idea della continuazione dell'impresa come nucleo fondante la fattispecie del trasferimento d'azienda, pur non mettendo a fuoco appieno le caratteristiche esatte del fenomeno. Critico D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., p. 194 ss. A proposito dei rapporti fra trasferimento dell'azienda e "successione nell'impresa" v. pure A. GRAZIANI, *L'impresa*, cit., p. 96 ss., e F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 53 ss., ancorché su posizioni non condivisibili, per quel che si dirà nel testo; inoltre, G. FERRARI, voce "Azienda", cit., p. 705; G. U. TEDESCHI, *L'azienda*, cit., p. 49; G. BONFANTE – G. COTTINO, *L'imprenditore*, cit., p. 632; PERRINO, *Le cessioni in blocco*, cit., p. 169 ss.

rapporto di semplice giustapposizione e al più di successione cronologica, in ambito imprenditoriale la relazione tra i medesimi può delinearci in termini più stretti: come consecuzione degli uni agli altri in vista della realizzazione di uno scopo produttivo che si conserva immutato.

Il concetto appare abbastanza evidente nelle imprese che sono avviate nel perseguimento di un obiettivo autoconclusivo (come l'edificazione e la vendita di un residence), rispetto alle quali è più agevole cogliere, nel subentro di un soggetto diverso da quello originario, l'assunzione da parte del primo del medesimo compito produttivo. Ma, quali serie coordinate di atti, anche le imprese che presentano il carattere della non finitezza, come sono aperte all'illimitato innesto, da parte del loro titolare, di ulteriori atti e fatti in sequenza cronologica, tutti legati sul piano funzionale, così si prestano anche all'ingresso di un terzo che, a partire da un dato momento, sia autore dei comportamenti successivi, i quali non attivano una nuova serie, quando non si interrompa il legame funzionale.

Il fatto d'impresa cui il trasferimento d'azienda rimanda è dunque la sostituzione del soggetto agente nella serie coordinata di atti (per meglio dire: del loro referente soggettivo, cioè di colui alla cui sfera giuridica la serie è imputabile).

E' chiaro che la tenuta dell'assunto dipende dalle premesse concettuali che si vogliono assumere. Nulla esclude che si affermi la totale autonomia tra i due segmenti temporali e il loro conseguente rappresentare due imprese distinte; esse lo sono anzi, senza dubbio, sotto molti profili. Ciò che tuttavia occorre domandarsi è se la prospettiva di una rilevanza del collegamento tra detti segmenti sia idonea a spiegare la disciplina speciale contenuta negli artt. 2556 ss. (e 2112).

Ora, le prescrizioni formali e pubblicitarie troverebbero palesemente in questo quadro una più appropriata collocazione⁵⁸, coerente con la relazione che esse instaurano tra gli oneri e obblighi imposti e il fatto dell'inerenza dell'azienda ceduta ad un'attività soggetta a registrazione⁵⁹. Il divieto

⁵⁸ Come prescrizioni, specie il secondo comma dell'art. 2556, attinenti al fatto sostitutivo concernente l'impresa; appare questa la chiave interpretativa della disposizione, rimanendo invece verosimilmente in secondo piano, al fine di valutarne la coerenza sistematica, le esigenze di trasparenza nelle operazioni finanziarie, che costituiscono il fondamento storico della norma stessa, nella sua versione attuale (esigenze che comunque sono state ritenute del tutto congrue proprio con una visione della vicenda come orientata alla perdurante utilizzazione imprenditoriale dell'unità ceduta: cfr. M. PERRINO, *Le cessioni in blocco*, cit., p. 189 s.).

⁵⁹ E' interessante ricordare qui la posizione assunta dalle Corti (e che si ritrova da ultimo in Cass. 11 febbraio 2005, n. 2838), a proposito della responsabilità che graverebbe sul cedente, in mancanza di pubblicità, per le obbligazioni assunte dal cessionario nell'esercizio della *propria* impresa, quando la carenza di informazione abbia dato vita ad una situazione di apparente continuazione dell'attività, da parte del primo, tale da suscitare nei terzi il legittimo affidamento di entrare in relazioni d'affari con il medesimo: la tesi, la cui fondatezza non importa qui discutere, segnala con forza la

di concorrenza, che pur può senz'altro palesare una propria congruenza funzionale anche come strumento di protezione dell'oggetto trasferito, con pari o maggiore pregnanza di significato si può porre come presidio alla continuità, sul piano teleologico, dei due segmenti temporali, affinché la serie imprenditoriale non venga cioè spezzata e la linea di "successione" deviata verso l'alienante⁶⁰. Il subentro dell'acquirente nel patrimonio aziendale, infine, acquisterebbe una più compiuta valenza, come regola di prosecuzione dell'attività anche nelle relazioni giuridiche in corso, pur temperata dalle esigenze di protezione dell'interesse del terzo contraente (nell'art. 2558)⁶¹ e dell'interesse del creditore e dell'acquirente (nell'art. 2560)⁶².

Quest'ultima norma in particolare si spoglierebbe di quella connotazione patrimonialistica, che, configurandola quale presidio alla garanzia generica del creditore, ne fa, secondo la prospettiva tradizionale, una disposizione sostanzialmente di diritto civile, scarsamente comprensibile per le ragioni suevidenziate, e la riporterebbe invece nell'area del diritto commerciale, conferendole pienezza di significato e coerenza all'interno del microsistema precettivo⁶³. Su di essa è necessario però indugiare per un momento.

percezione, da parte della giurisprudenza, del fatto che la vicenda traslativa in realtà cela una vicenda d'impresa, rilevante come tale.

⁶⁰ Si v., a proposito del fondamento del divieto di concorrenza, in una prospettiva sensibile al fatto che non si tratta di proteggere una qualità del bene ceduto, in sé considerato, ma piuttosto il programma di utilizzo del medesimo nell'esercizio dell'impresa, da parte dell'acquirente, M. PERRINO, *Le cessioni in blocco*, cit., p. 176 s., la cui ricostruzione, peraltro non spinta sino al punto da registrare il fatto d'impresa come elemento centrale della fattispecie, già si era ricordata.

⁶¹ A proposito della *ratio* dell'art. 2112, cfr. ancora PERRINO, *Le cessioni in blocco*, cit., p. 187 ss.

⁶² E si vedano in generale anche le limpide osservazioni di G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 600.

⁶³ Mette conto ricordare qui anche le discipline speciali concernenti le sanzioni amministrative (art. 33 d. lgs. 231/2001) e tributarie (art. 14 d. lgs. 472/1997), in parte divergenti dal principio generale consacrato nell'art. 2560: le finalità specifiche delle due disposizioni spiegano senz'altro lo scostamento e d'altra parte il fatto che non si tratti, per quanto riguarda in genere le sorti del c.d. patrimonio aziendale, di una disciplina nel suo complesso da ricostruire come precipitato di una nozione onnicomprensiva dell'azienda (la quale renderebbe più difficile spiegare come mai mutino i presupposti del subentro del cessionario, a seconda della relazione giuridica implicata), bensì come sistema aderente semplicemente all'idea della prosecuzione dell'attività da parte di un nuovo soggetto, permette di declinarne il trattamento, alleggerendo o irrigidendo le condizioni di tale subentro in base agli interessi implicati nella singola tipologia di posizione giuridica coinvolta, come si dirà nel testo pure per il variare delle regole di subentro al variare della fattispecie circolatoria.

Si è detto che le esperienze degli ordinamenti europei si mostrano, proprio a proposito della responsabilità per i debiti pregressi, relativamente più attente e che questa attenzione ha prodotto per la verità un florilegio di soluzioni normative difficilmente riducibile ad unità.

Verso l'attivazione di meccanismi di garanzia si è orientato il *Code de commerce* francese (artt. L141-12 ss.)⁶⁴. Oltralpe i crediti non sono classificati in modo da isolare quelli di fonte imprenditoriale e tutti i creditori dell'alienante possono opporsi al pagamento del prezzo di vendita da parte dell'acquirente del *fonds*; la pubblicità dell'atto traslativo di quest'ultimo (nel *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales*: art. L 141-12) assolve, sotto tale profilo, ad una funzione informativa analoga, se così si può dire, a quella che si sperimenta presso di noi in tutti i casi in cui è accordato al ceto creditorio un potere di opposizione al cospetto di fatti d'impresa suscettibili di pregiudicare il soddisfacimento delle relative pretese; l'assenza di opposizioni consente al fatto (qui, all'atto di trasferimento) di dispiegare appieno e senza correttivi i propri effetti, sì da lasciar perdurare l'originaria responsabilità dell'alienante, senza che sorgano diritti di seguito sui beni aziendali ceduti o che si cumuli con la prima una corresponsabilità sussidiaria dell'acquirente. L'opposizione, viceversa, permette ai creditori di acquisire per sé il corrispettivo (con le procedure e nei termini previsti dagli artt. L 141-14 ss.) e neutralizza nei loro confronti l'effetto liberatorio determinato dal suo eventuale, illegittimo versamento all'alienante (art. L 141-17).

Diversamente orientato, il *HGB* tedesco introduce un composito meccanismo legale di estensione all'acquirente della responsabilità per i debiti preesistenti rinvenienti la propria fonte nell'esercizio dell'impresa⁶⁵ (§ 25 ss., cui si accompagna la disciplina dei rapporti di lavoro, contenuta nel § 613a *BGB*), difficilmente ricostruibile quale sistema di protezione del creditore, alla luce dell'espressa derogabilità della disciplina e della conseguente pattuibilità, tra alienante e cessionario, di una esclusione anche integrale dell'accollo. Questo è legato tra l'altro non all'evento traslativo in quanto tale, ma al fatto dell'impiego, da parte del nuovo imprenditore, della medesima ditta sotto cui il *Handelsgeschäft* veniva precedentemente esercitato; non si tratta tuttavia di una responsabilità per affidamento, giacché l'adozione di elementi integrativi della ditta, esplicitanti la

⁶⁴ L. VOGEL, *Du droit commercial*, cit., n. 513 ss., p. 459 ss.; Y. GUYON, *Droit des affaires*, I, cit., n. 710, p. 761.

⁶⁵ Tra i molti v. C.-W. CANARIS, *Handelsrecht*, cit., § 7, Rn. 1 ss., p. 97 ss.; K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit., § 7, Rn. 1 ss., p. 243 ss.; ID., *Haftungskontinuität als unternehmensrechtliches Prinzip – Plädoyer für ein neues Verständnis der §§ 25 und 28 HGB*, in *ZHR* 145 (1981), p. 2 ss.; U. BURGARD, in *Staub Handelsgesetzbuch*, V ed. a cura di C.-W. Canaris – M. Habersack – C. Schäfer, Bd. 1, Berlin, 2009, § 25 ss., p. 741 ss.; J. THIESSEN, in *Münchener Kommentar zum HGB*, Bd. 1, IV ed., München, 2016, § 25 ss.

successione e atti dunque a rimuovere ogni apparenza di identità soggettiva al vertice dell'impresa, non fa venir meno l'accollo.

Di contro alla matrice fondamentale civilistica tradita dal sistema francese, il modello tedesco rivela una connotazione più spiccatamente giuscommercialistica⁶⁶, per quanto rimanga, almeno nelle valutazioni che ne accompagnano tuttora la lettura, di difficile decifrazione quanto al proprio fondamento⁶⁷. Si tratta però forse di valutazioni ingenerose, condizionate dall'elemento dell'adozione della medesima ditta, che sembra introdurre una componente legata alla percezione del mercato e quindi alla sua tutela, smentita però subito dopo dallo stesso dato normativo; in realtà è plausibile che questo elemento debba essere apprezzato non già sul piano relazionale, cioè in quanto integrativo di un affidamento da parte dei terzi, bensì da un punto di vista prettamente oggettivo, come fatto rafforzativo della continuità della serie imprenditoriale; questo spiegherebbe tra l'altro perché l'inserimento nella ditta di indicatori dell'avvenuto trasferimento non sia idoneo a cancellare la responsabilità dell'acquirente; e perché la responsabilità dell'alienante permanga, ma limitata temporalmente nei termini disposti dal § 26 (non trattandosi di proteggere i creditori, e per quanto poi la liberazione dell'alienante risulti censurabile per altri versi, per le sue implicazioni fattuali e il suo impatto sui principi del diritto dei rapporti obbligatori⁶⁸). In questo scenario, può collocarsi senza contraddizioni anche la norma che rende l'accollo disponibile da parte dei contraenti, in vista della riduzione degli effetti di continuità collegati all'avvicendamento nella gestione della serie imprenditoriale.

L'art. 2560 c.c. presenta, pur nella varietà delle sfumature, significativi punti di contatto con il codice tedesco. La perimetrazione della sua portata applicativa ai soli debiti aziendali segnala di per se stessa l'assenza di qualsiasi funzione di garanzia per i creditori; l'esclusione dei debiti "privati" non appare giustificabile semplicemente come conseguenza della loro irreperibilità nelle scritture

⁶⁶ Analogo giudizio può essere speso per il sistema austriaco (§ 38 ss. *UGB*), che manifesta con quello tedesco alcune similarità (nella non illimitata conservazione della responsabilità dell'alienante: § 39; nella disponibilità dell'accollo: § 38, *Abs. 1*), ma anche alcune vicinanze al modello italiano (nella più ampia contemplazione, quale oggetto della successione *ex lege*, del patrimonio aziendale nel suo insieme; nell'esclusione dalla medesima dei rapporti aventi carattere personale). Sui §§ 38 ss. *UGB* v. G. SCHUMMER – S. KRIWANEK, *Das neue Unternehmensgesetzbuch*, Wien, 2006, e C. ZIB – M. DELLINGER, *UGB Grosskommentar, Bd. 1.2*, Wien, 2013.

⁶⁷ C.-W. CANARIS, *Handelsrecht*, cit., § 7, *Rn.* 6 ss., p. 100 ss.; P. KINDLER, *Grundkurs*, cit., § 5, *Rn.* 29 ss., p. 108 s.; K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit., § 7, *Rn.* 17 ss., p. 249 ss.; U. BURGARD, in *Staub Handelsgesetzbuch*, cit., § 25, *Rn.* 8 ss., p. 748 ss.

⁶⁸ V., anche per i correttivi ipotizzati, C.-W. CANARIS, *Handelsrecht*, cit., § 7, *Rn.* 42 ss., p. 114 ss.; U. BURGARD, in *Staub Handelsgesetzbuch*, cit., § 25, *Rn.* 78 ss., p. 777 s., e § 26, *Rn.* 9, p. 813 e *Rn.* 37 ss., p. 821 s. (e v. anche, sulla genesi dell'attuale norma, § 26, *Rn.* 4 ss., p. 811 ss.).

contabili dell'alienante e quindi della loro non formale conoscibilità, giacché, se si trattasse di risolvere il conflitto tra l'interesse dell'acquirente a non subire il depauperamento derivante da posizioni debitorie ignote e l'interesse del creditore a conservare intatto a soddisfacimento del proprio credito il valore patrimoniale rappresentato dall'azienda, il primo dovrebbe soccombere al secondo (come accade per i rapporti di lavoro) o dovrebbe profilarsi una soluzione compositiva diversa, quale è ad esempio quella francese. Nella portata selettiva dell'accollo deve invece riconoscersi il collegamento tra lo stesso e il fatto della prosecuzione dell'impresa. Tale collegamento e l'inconfigurabilità di ragioni di garanzia spiega altresì perché la responsabilità dell'acquirente non sia limitata all'attivo conseguito, ma si estenda all'intero suo patrimonio⁶⁹.

Sotto gli altri aspetti, nel determinare gli equilibri tra le diverse parti coinvolte, la disciplina italiana opta per soluzioni non completamente allineate e, almeno per certi versi, più appropriate. La limitazione dell'accollo ai debiti iscritti difende adeguatamente l'interesse dell'acquirente (e tutt'al più pone la nota questione della sorte dei debiti conosciuti o conoscibili *aliunde*), difesa che il § 25 *HGB* rimette invece alla sua iniziativa, nelle forme di un patto in deroga all'accollo. Proprio sulla disponibilità dell'effetto l'art. 2560 c.c. per contro non si pronuncia, il che, come è risaputo, induce dottrina e giurisprudenza a leggere la disposizione come inderogabile⁷⁰; è chiaro che su questo predicato incide la considerazione della norma come strumento di garanzia patrimoniale, ma la conclusione può essere ragionevolmente mantenuta anche nella prospettiva della continuità imprenditoriale, proteggendo l'interesse del creditore a ricevere la prestazione da colui che dispone dell'apparato produttivo eventualmente idoneo a realizzarla⁷¹. Nell'insieme, il binomio inderogabilità/limitazione ai debiti iscritti sembra rispondere meglio di quello tedesco al quadro degli interessi in gioco. Quanto alla posizione dell'alienante, infine, l'incondizionata perpetuazione della sua responsabilità asseconda con coerenza maggiore, rispetto al § 26 *HGB*, l'(altro) interesse

⁶⁹ Fanno eccezione le citate disposizioni dell'art. 33 d. lgs. 231/2001 e dell'art. 14 d. lgs. 472/1997.

⁷⁰ D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., p. 97; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 150; G. FERRARI, voce "Azienda", cit., p. 702, 730; G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., sub art. 2555, p. 67 ss.; G. U. TEDESCHI, *L'azienda*, cit., p. 111; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 214; U. MINNECI, *Trasferimento di azienda*, cit., p. 109; del tutto minoritaria la tesi opposta, per cui v. U. MORELLO, *Trasferimenti di azienda e sicurezza delle contrattazioni*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 102 ss.

⁷¹ Cfr. F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 253; U. MINNECI, *Trasferimento di azienda*, cit., p. 110 ss.; M. PERRINO, *Le cessioni in blocco*, cit., p. 185 s.

del creditore a non subire la sostituzione del debitore originario ed impedisce *a priori* cessioni strumentali dell'azienda⁷².

Non si tratta di assumere né una particolare natura o comprensività dell'azienda stessa quale oggetto del trasferimento (è noto che la giurisprudenza l'ha talvolta classificata come *universitas* e vi ha ricondotto l'intero patrimonio aziendale⁷³), né l'ancillarità dei debiti all'apparato produttivo (quali obbligazioni *propter rem*, secondo una ricostruzione teorica per la verità rimasta isolata⁷⁴); non si tratta neppure di postulare l'esistenza di un principio di continuità del patrimonio aziendale quale surrogato della mancanza di soggettività dell'impresa⁷⁵. Ciascuna di queste tesi rischia di tradursi in una petizione di principio e di sostituire al dato normativo la concezione soggettiva che dell'istituto nel suo complesso ha il singolo interprete. Quel che emerge dalla disciplina codicistica e, nel caso di specie, dall'art. 2560 è la considerazione della vicenda traslativa come fatto d'impresa nei termini suesposti (in altre parole, la disciplina si rivela coerente con tale lettura); quest'ultima norma si limita dunque ad introdurre un effetto legale integrativo rispetto a quelli negoziali, di corresponsabilità esterna dell'acquirente in quanto continuatore dell'impresa. L'assenza di correlazioni di carattere ontologico tra l'unità produttiva e il patrimonio aziendale nel suo complesso, infine, spiega come mai la sorte di quest'ultimo possa venire diversamente modulata dall'ordinamento a seconda degli interessi coinvolti e delle finalità perseguite, come accade in particolare nella circolazione dell'azienda in seno alle procedure concorsuali (art. 104 *bis* e 105 l. fall.).

⁷² Cfr. sempre C.-W. CANARIS, *Handelsrecht*, cit., § 7, Rn. 42 ss., p. 114 ss. Abusi possono essere senza dubbio perpetrati, ma in altra direzione, anche al cospetto dell'art. 2560 italiano, come prova la vicenda esaminata recentemente da Trib. Reggio Emilia 16 giugno 2015, in *Contr.*, 2015, p. 969 ss. (cessione dell'azienda da una società contestualmente posta in liquidazione ad altra neocostituita con la medesima compagine sociale, per rendere di fatto inesigibile un debito artatamente non iscritto nelle scritture contabili; la Corte emiliana sancisce comunque la responsabilità della *newco* acquirente, applicando i principi dell'abuso del diritto).

⁷³ Cass. 11 agosto 1990, n. 8219, in *Giur. it.*, 1991, I, 584; Cass. 16 gennaio 1987, n. 360; Trib. Catanzaro, 15 marzo 2011, *iusexplorer*. Anche in dottrina, sia pure in passato, queste posizioni avevano trovato eco: F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 414; A. DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale*, VII ed., Milano, 1973, p. 50 ss.; per la critica, *ex multis*, G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 19 ss., ove ulteriori, ampi riferimenti; D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., p. 130 ss.

⁷⁴ F. FERRARA jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., 129 ss.

⁷⁵ E' l'argomento centrale, sostanzialmente, nella ricostruzione di K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit., § 7, Rn. 1 ss., p. 243 ss.

6. In questa prospettiva, la vicenda contrattuale traslativa assume una coloritura del tutto peculiare: come si è già osservato, l'attribuzione dell'apparato produttivo al cessionario non è il fine dell'atto, ma ne rappresenta il mezzo. Per meglio dire, il codice regola il trasferimento dell'azienda non in quanto accadimento riallocativo di beni, ma in quanto veicolo di continuazione della serie imprenditoriale da parte di un nuovo soggetto.

Ciò non significa negare che al centro della fattispecie disciplinata vi sia un fenomeno successorio; significa invece affermare che la fattispecie non si esaurisce in questo e soprattutto che il medesimo sollecita la predisposizione di una normativa speciale non per il suo oggetto, ma in quanto incorpora un fatto relativo all'impresa.

Il cambio di prospettiva ha implicazioni decisive. Apre all'eventualità che si possano profilare sostituzioni nella serie imprenditoriale indipendenti dal trasferimento di una unità produttiva organizzata; indirizza verso la valutazione dell'impatto sulla continuità dell'impresa, nell'indagine circa l'entità del complesso di beni necessaria e sufficiente per la configurabilità in concreto di un trasferimento d'azienda; fornisce gli strumenti più appropriati per l'interpretazione e l'integrazione della disciplina; pone sul piano delle regole dell'attività e del loro perimetro di applicazione ed estensibilità il problema del trattamento da riservare alla cessione di apparati organizzati a servizio di professioni non imprenditoriali (di studi professionali, in sostanza).

Prima di tutto viene però la necessità di verificare in che termini e con che contenuto si ponga la volontà negoziale sottostante il trasferimento dell'azienda, in questa prospettiva.

Si è detto delle suggestioni provenienti da talune ricostruzioni, le quali hanno messo a fuoco l'avviamento, come elemento verso cui si indirizzerebbe eminentemente il volere delle parti. Si è detto anche del fatto che esse in realtà, continuando a valorizzare una qualità del bene, non riescono ad affrancarsi dalle contraddizioni della prospettiva classica. Il punto è che la volontà delle parti ha ad oggetto la sostituzione dell'acquirente al vertice (= come referente soggettivo) della serie imprenditoriale servita dall'azienda; ha ad oggetto la cessione di quest'ultima, più precisamente, in vista della realizzazione di tale effetto sostitutivo.

Su questo tipo di assunti, come si sa, ossia sull'idea che la volontà tipica della fattispecie negoziale trascenda il puro e semplice effetto traslativo, si scagliano le obiezioni di quanti, muovendo dalla natura imperativa di parte della disciplina (senz'altro l'art. 2112, ma anche, come si è osservato, l'art. 2560), respingono qualsiasi possibilità di farne dipendere l'applicazione dall'autonomia contrattuale, ogni qualvolta l'apparato trasferito abbia oggettivamente una

vocazione produttiva⁷⁶. La premessa è corretta, ma il percorso argomentativo manca di un passaggio chiave e rende così errata la conclusione. La porzione testé richiamata della disciplina è sicuramente inderogabile, cosicché, se la fattispecie negoziale è integrata, la sua operatività è indisponibile; tuttavia la fattispecie non può dirsi integrata in ragione della sola, astratta attitudine produttiva del complesso ceduto e la possibilità che dunque, in concreto, pur in presenza di un apparato in sé idoneo alla produzione non si profili una vicenda di sostituzione nella serie imprenditoriale rende inoperanti le due norme non per effetto di un volere contrario delle parti, ma per l'insussumibilità della vicenda svoltasi nella fattispecie legale.

D'altra parte la ricollocazione sul piano funzionale delle stesse norme, rispetto all'impostazione classica, rende evidente come la loro disapplicazione, in assenza di continuità della serie imprenditoriale, non leda alcuno degli interessi dalle medesime protetto. E' chiaro che, sino a quando nell'art. 2560 si vede un presidio alla garanzia patrimoniale dei debiti dell'alienante, non si possono riconoscere ipotesi in cui, pur produttivo l'aggregato di beni trasferito, l'esigenza di protezione del creditore non si profili; quando invece vi si legge un effetto coerente con la perseguibilità dell'attività da parte dell'acquirente e un presidio al diverso interesse del creditore alla ricezione della prestazione da parte del (potenziale) continuatore della medesima, la conclusione non può che mutare. E così per il subentro nei rapporti di lavoro.

Il richiamo alla nozione di serie imprenditoriale e di continuità della serie giova a ribadire l'insufficienza di una puramente astratta vocazione produttiva del complesso ceduto: non basta che questo, integrato o no con nuovi elementi introdotti dall'acquirente, possa costituire la base operativa per l'esercizio di una qualsivoglia iniziativa economica, occorrendo, per converso, che esso serva una specifica attività, caratterizzata da un dato radicamento (relazionale, merceologico, eventualmente territoriale, ecc.) in un concreto palcoscenico di mercato. Occorre, se così vuol dirsi in altri termini, che l'azienda sia innervata in un'attività ben contestualizzata. Non sarà tale, di conseguenza, un parco vetture pur astrattamente rappresentativo del nucleo di un'eventuale azienda di trasporti, né, di per sé presi, il magazzino e gli arredi destinabili all'apertura di un qualche punto vendita.

Non si tratta dunque di spostare il baricentro dal piano oggettivo a un piano soggettivo, come sovente è paventato, ma di rimettere a fuoco il primo. Resta allora pacifico che l'intenzione del cessionario di dar seguito all'attività e l'effettiva prosecuzione della stessa non assumono alcun

⁷⁶ Per tutti G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 26 ss.; D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., p. 189 ss.; cfr. altresì R. TOMMASINI, *Contributo*, cit., p. 129; G. U. TEDESCHI, *L'azienda*, cit., p. 37 ss.; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 50 ss.

significato nell'integrazione della fattispecie⁷⁷: l'una rappresentando un elemento soggettivo e individuale, l'altra un accadimento esterno e successivo al perfezionamento dell'atto. E' pertanto sufficiente che l'acquirente sia messo in condizione, attraverso l'attribuzione dell'unità operativa, di proseguire (o riprendere) la serie imprenditoriale, cosicché se l'aggregato di beni trasferito costituisce oggettivamente un'unità contestualizzata, nei termini sopra esposti, la vicenda integra a tutti gli effetti una cessione d'azienda. L'autonomia privata può tuttavia intervenire rompendo tale contestualizzazione, il che potrebbe accadere con il dirottare la linea di continuità della serie verso l'alienante (come si verificherebbe ad esempio nella cessione di un locale adibito alla ristorazione e dei relativi apparati, quando venisse esclusa dal trasferimento l'insegna e il cessionario si impegnasse a pubblicizzare la nuova, vicina sede dell'attività proseguita dal cedente).

Nella medesima ottica, è agevole riconoscere che una proseguibilità della serie imprenditoriale può profilarsi anche quando questa fosse stata interrotta o cessata dall'alienante (dunque, nei termini classici, quando l'azienda fosse inattiva e sia ceduta nella sua fase statica⁷⁸), fino a quando l'aggregato di beni si mantiene innervato e radicato nel concreto contesto relazionale e di mercato

⁷⁷ Così pure G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 31, e F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 55, ma sulla premessa che basti l'oggettiva attitudine produttiva del complesso. Cfr. altresì A. GRAZIANI, *L'impresa*, cit., p. 96 s.

⁷⁸ E' questo un tema ricorrente in giurisprudenza; l'attività può essere stata sospesa, non conta che vi sia l'attualità dell'avviamento, purché l'attitudine produttiva del complesso trasferito sia presente in potenza: Cass. 28 marzo 2003, n. 4700; Cass. 28 aprile 1998, n. 4319; Cass. 6 maggio 1997, n. 3950; Cass. 13 dicembre 1996, n. 11149; Cass. 8 novembre 1983, n. 6608; Cass. 25 giugno 1981, n. 4142; Cass. 18 giugno 1981, n. 4009, in *Foro it.*, 1982, I, c. 177; App. Milano, 5 aprile 2006, in *Giur. it.*, 2006, p. 2316. E' interessante osservare che in alcuni casi lo snodo così affrontato si legava al fatto che l'azienda, per diventare operativa, abbisognava dell'integrazione di ulteriori elementi, cosicché si doveva esaminare anche la questione della composizione minima indispensabile per la configurazione di un complesso aziendale; questione risolta sempre evocando il criterio della produttività in potenza, del residuo di organizzazione, sempre dunque sul piano delle qualità del bene e su basi in definitiva inafferrabili; su quest'ultimo, specifico aspetto torneremo più avanti, quando verrà il momento di individuare per l'appunto l'unità operativa minima atta a qualificare la fattispecie traslativa.

Secondo i medesimi principi viene affermato dalla stessa giurisprudenza testé citata che l'esistenza di un'azienda non richiede neppure che l'attività sia mai iniziata (e in dottrina cfr. D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., p. 186 ss.; più recentemente F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 6 s.). L'assunto appare il frutto dell'equivoco che fatalmente nasce quando l'azienda viene contrapposta all'impresa e si scollega il fenomeno traslativo concernente la prima dalle vicende relative alla seconda; l'equivoco invece pare destinato a venire facilmente dissipato riunendo i due fenomeni: la stessa organizzazione dell'apparato aziendale, la determinazione e la realizzazione del programma di allestimento e di radicamento relazionale sono atti che formano l'azienda e che, al contempo, avviano la serie imprenditoriale, il che rende possibile che il trasferimento della prima sia strumento per la continuazione della seconda.

di cui si è detto⁷⁹ (non basta però che si conservi la generica attitudine dell'azienda a servire una qualche impresa, o che si conservi un generico avviamento⁸⁰).

Le conclusioni potrebbero apparire sostanzialmente sovrapponibili a quelle che tradizionalmente vengono formulate muovendosi sul piano del diritto dei beni: l'accentuazione dell'elemento della continuità imprenditoriale solo sollecitando a procedere ad una più rigorosa (e tra l'altro non del tutto assente, all'interno dell'articolato panorama dottrinale⁸¹) valutazione delle qualità del bene trasferito, misurandone la concreta e non già l'astratta vocazione produttiva. Il mutamento di prospettiva implicato in questa ricalibratura del profilo oggettivo della vicenda negoziale è in realtà profondo: si tratta di ridimensionare la rilevanza del complesso aziendale come *focus* della volontà negoziale e come elemento di qualificazione del fatto disciplinato, ponendo al centro dell'una e dell'altro l'impresa (nelle sue dimensioni relazionali e nella sua contestualizzazione).

Ne consegue una significativa incidenza sul piano causale: l'atto di trasferimento dell'azienda non è un atto speciale per l'oggetto, ma lo è per il fine perseguito. Pur non erigendosi a tipo contrattuale a sé stante e pur convergendo, in ciascuna delle operazioni traslative concretamente realizzate, entro il modello tipologico di volta in volta prescelto, esso si connota per una coloritura causale ulteriore, estranea a tali modelli nella loro generalità, la finalità del negozio risultando, come già si era rilevato, non (meglio: non solo) attributiva, ma, se così vuol dirsi, sostitutiva.

In questo quadro, possono cogliersi con maggiore appropriatezza le relazioni che si instaurano tra gli effetti negoziali e i c.d. effetti legali della vicenda.

In proposito, è interessante osservare come buona parte di quelli che la disciplina contenuta negli artt. 2556 ss. c.c. consente agevolmente di ricondurre a questo secondo gruppo vengano, nei

⁷⁹ Al *refrain* ricorrente nella giurisprudenza italiana fa da contrappunto quello delle Corti francesi: anche qui, non importa che il *fonds de commerce* sia o no attivo al momento del trasferimento, basta che una clientela vi sia rimasta saldata: *Cass. com.*, 29 gennaio 2013, n. 11-28690.

⁸⁰ Merita segnalare in proposito *Cass.* 27 febbraio 2004, n. 3973, dalla quale sembrerebbero evincibili alcune indicazioni fuori dal coro, pur non essendo sviluppato fino in fondo, nei termini proposti qui nel testo, il relativo percorso argomentativo; vale la pena riportarne qualche passo: “non è possibile parlare di azienda come se si trattasse di un insieme vuoto, ossia di un complesso di beni astrattamente utilizzabili in funzione commerciale, ma non specificamente volti ad un determinato commercio (nemmeno potenzialmente individuato)”, “ragion per cui la cessione dell'azienda... richiede che, almeno al momento della cessione (salva la possibilità di cambiamenti successivi), vi sia una significativa continuità tra l'attività imprenditoriale svolta in quei locali dal cedente e quella che il cessionario si accinge a svolgerci” (a proposito del presupposto di operatività dell'art. 36 l. 392/1978).

⁸¹ Cfr. G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, p. 148: è necessario che il complesso ceduto sia idoneo all'impiego per una “determinata” impresa (sebbene poi l'a. precisi che non deve trattarsi per forza di quella svolta dal cedente).

sistemi giuridici privi di una così articolata disciplina, dedotti e inquadrati nel perimetro della volizione contrattuale. Così è non solo per il divieto di concorrenza⁸², con una certa facilità ascrivibile agli strumenti di protezione del bene ceduto e dunque stillabile dal dovere di buona fede e correttezza, ma anche per il destino del patrimonio aziendale e specialmente dei rapporti contrattuali in corso di esecuzione, la successione nei quali, come si è segnalato, dovrebbe considerarsi per alcuni *ipso facto* voluta tra le parti, salvo l'ostacolo rappresentato dalla necessità di raccogliere il consenso dei singoli terzi ceduti. Il dato, se ci si riporta sulla più doviziosa regolazione italiana, suggerisce l'esistenza di un intreccio tra effetti negoziali e legali, non suscettibile di essere sciolto assegnando esclusivamente alle norme la produzione di tutte le conseguenze in esse descritte.

Una posizione a sé, nella carrellata delle disposizioni speciali, occupa l'art. 2565, che, oltre a non integrare gli effetti della vicenda traslativa, isola la ditta dall'aggregato dei beni, subordinandone il trasferimento al consenso specifico dell'alienante. La norma giova a chiarire che, per assicurare la continuità della serie imprenditoriale, non è necessaria la prosecuzione del nome commerciale e quindi la precostituzione di una situazione di apparente continuità formale, tanto più che l'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese fornisce in ogni caso al mercato la più compiuta informazione circa l'avvenuto avvicendamento.

Il divieto di concorrenza (art. 2557) costituisce un logico corollario della volontà negoziale, cui può essere ricondotto. Spiegabile, lo si è già rilevato, come presidio posto per garantire sia la pienezza dell'effetto attributivo dell'unità ceduta nella sua attitudine produttiva, sia la realizzazione dell'effetto sostitutivo al vertice dell'attività, esso è senza dubbio ascrivibile al cennato dovere di buona fede e correttezza, al pari di altri obblighi comportamentali a carico dell'alienante, di cui sovente si discute pur in assenza di una loro esplicita menzione normativa⁸³. La disposizione giova tuttavia a fugare ogni dubbio sull'assetto che, sotto questo profilo, il regolamento contrattuale può assumere al fine di realizzare con pienezza la volontà negoziale, superando l'ostacolo che altrimenti

⁸² In Francia L. VOGEL, *Du droit commercial*, cit., n. 534, p. 470 ss.; Y. GUYON, *Droit des affaires*, cit., n. 706, p. 757 s. In Spagna Á. ROJO, *El establecimiento mercantil*, cit., p. 150; F. SÁNCHEZ CALERO – J. SÁNCHEZ-CALERO GULARTE, *Instituciones*, cit., p. 311 s.; M. BROSETA PONT – F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual*, cit., p. 154 s. e 157; M. BROSETA PONT, *La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento*, in *Rev. der. merc.*, 1968 (107), p. 73 ss. e 87 ss.; J. I. FONT GALÁN, *La empresa como objeto de negocios jurídicos*, in G. J. Jiménez Sánchez (coord.), *Derecho mercantil*, I, XIV ed., Madrid – Barcelona, 2010, p. 99 s.; e in giurisprudenza TS 6 aprile 1988, n. 282. Per la Germania v. K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit., § 5, Rn. 34, p. 177.

⁸³ Così è per la consegna della lista clienti, l'eventuale rilascio di informazioni o l'affiancamento iniziale nella conduzione organizzativa dell'azienda, e via discorrendo.

una più generosa lettura del principio di libertà nell'iniziativa economica potrebbe sollevare; da questo punto di vista, il riconoscimento che non si tratta di un limite a presidio di una qualità dell'oggetto (e che dunque il conflitto non si profila tra una libertà e un interesse al godimento di beni), ma di uno strumento di garanzia della continuità dell'impresa (e che dunque il conflitto è tra due attività), contribuisce forse a dare una più appagante collocazione sistematica della norma nel quadro dell'operazione giuridica posta in essere⁸⁴. Si tratta, ad ogni modo, di una disposizione in linea di principio derogabile: la disponibilità del divieto è dato sostanzialmente acquisito tra gli interpreti⁸⁵ e può essere accettato, ancorché quando la deroga si accompagni, nel quadro negoziale predisposto dalle parti, ad altri elementi atti a decontestualizzare l'azienda, nei termini sopra illustrati, essa possa contribuire a portare la fattispecie traslativa concretamente posta in essere al di fuori dell'area dei trasferimenti d'azienda⁸⁶.

Anche la disciplina concernente i rapporti contrattuali (art. 2558) si innesta su una volontà negoziale che li tocca direttamente. Non si tratta, come già si è rilevato, di tornare a concezioni universalistiche dell'azienda; la declinazione della fattispecie contrattuale sul piano dell'impresa e il riconoscimento del ruolo meramente strumentale della cessione dell'unità produttiva inducono anzi semmai a ridimensionare l'estensione di quest'ultima: se l'azienda è ciò che serve alle parti

⁸⁴ Sotto il profilo tecnico-operativo, la funzione primaria della norma si riduce fondamentalmente alla definizione temporale dell'estensione del divieto, posto che gli altri parametri dettati nella sua prima parte (l'ubicazione, l'oggetto e su tutti l'idoneità allo sviamento della clientela) appaiono non più che enunciativi delle coordinate che già nel dare concreta applicazione alla generale regola di correttezza sarebbe imposto di adottare.

⁸⁵ Per tutti v. G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 176 ss.; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 103 s.

⁸⁶ Lo svolgimento di un'attività concorrente da parte dell'alienante non è tale da deviare per definizione verso quest'ultimo la linea di continuità della serie imprenditoriale in cui egli ha immesso l'acquirente, pur potendone compromettere più o meno gravemente le sorti; le eccezioni peraltro vi sono: ad esempio, la cessione di locali adibiti ad ufficio e magazzini e dei relativi arredi e merci, per l'esercizio di un'attività di *e-commerce*, con l'esclusione però del nome a dominio attraverso cui la clientela era canalizzata e con il consenso allo svolgimento di una analoga attività, da parte dell'alienante, rimarrebbe estranea all'area di applicazione della disciplina speciale, anche quando la *home page* del sito originario pubblicizzasse vistosamente per il periodo iniziale il nuovo nome a dominio registrato dall'acquirente. Potrà dirsi, senza lasciare il tradizionale punto di vista sensibile alla consistenza dell'aggregato ceduto, che qui viene sottratto al trasferimento un bene essenziale e precisamente quello che ne incorpora fondamentalmente l'avviamento; con maggiore evidenza la conclusione è deducibile, però, portando il giudizio sul piano della continuità dell'impresa.

Anche l'esegesi della norma ne esce parzialmente rettificata rispetto all'orientamento tradizionale: la prosecuzione, da parte dell'alienante, di un'attività concorrente già intrapresa anteriormente al trasferimento è legittima, a condizione però che non sia tale da assorbire completamente la componente relazionale e di radicamento nel mercato di quella su cui la sostituzione dovrebbe operare.

trasferire per realizzare la sostituzione nella serie imprenditoriale, la sua nozione va ricostruita esclusivamente attorno a questa funzione di elemento veicolante, sicché non appare esservi spazio per il patrimonio aziendale nella sua globalità, all'interno di essa. Non c'è dubbio tuttavia che anche i rapporti contrattuali convergano verso il perimetro entro cui agisce la volontà traslativa, o perché riguardano i beni di cui l'alienante disponga a servizio dell'attività o che sia in attesa di ricevere a questo scopo, o perché si tratta più in generale di relazioni d'affari la cui prosecuzione appartiene all'impresa oggetto della sostituzione. L'art. 2558 assolve in proposito il compito di completare o leggere tale volontà al fine di sancire la successione nel rapporto e giova a superare l'ostacolo rappresentato altrimenti dall'assenza di consenso dei terzi contraenti. L'innesto della disciplina su una volontà contrattuale già coerente con tale successione lascia poi comprendere come mai questa possa essere dalle parti esclusa, almeno sin tanto che una simile esclusione non decontestualizzi l'aggregato di beni trasferito.

La regolazione delle posizioni debitorie (art. 2560) assume contorni sensibilmente diversi. E' interessante osservare come la disciplina austriaca (§ 38 *UGB*) raggruppi in un'unica disposizione, accordando il medesimo trattamento, l'intero spettro dei rapporti obbligatori inerenti l'*Unternehmen* ceduto, senza distinzione di fonte (contrattuale o non) o di contenuto (a prestazioni corrispettive o non); è perciò facile leggersi un principio di generale continuità del patrimonio aziendale⁸⁷. La scelta divaricatrice del codice italiano, per converso, segnala già di per sé l'accostamento alla materia, da parte del legislatore, da prospettive diverse. L'art. 2560 in particolare agisce, come l'ordine dei precetti che lo compongono e il dato testuale evidenziano e come viene comunemente affermato⁸⁸, esclusivamente sul versante del rapporto esterno con il creditore. Si tratta di una disposizione cruciale, lo si è visto, per la comprensione dell'intero istituto. E' fondamentale però mettere a fuoco l'interesse del terzo che essa è destinata a proteggere. Su queste basi, come si è detto, se ne può altresì riconoscere l'inderogabilità, senza che ciò introduca alcuna incongruenza rispetto all'art. 2558, giacché questo declina, nei termini testé descritti, la volontà negoziale e affida poi la protezione del terzo ad un rimedio caducatorio che per i debiti isolati non risulterebbe appropriato.

La sorte del debito stesso, e più in generale del rapporto in cui esso si innerva, nei rapporti interni, rimane dunque estranea alla logica dell'art. 2560. Se una successione possa considerarsi

⁸⁷ Sul fondamento di tale norma v. M. DELLINGER, in C. ZIB – M. DELLINGER, *UGB Grosskommentar*, cit., § 38, Rn. 6 ss.

⁸⁸ Per tutti v. G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 137.

implicata nella volontà di assecondare la sostituzione nell'impresa è dubbio⁸⁹. E così è per i crediti, rispetto ai quali l'art. 2559 si limita pure a regolare il profilo esterno dell'informazione nei confronti del debitore. Il tema si sviluppa tutto sul piano dell'interpretazione del negozio e per questo, stanti le possibili opacità ermeneutiche, giova al debitore medesimo il principio del pagamento liberatorio in buona fede al suo creditore originario: non c'è concezione dell'azienda o della continuità d'impresa da cui si possa evincere in proposito un criterio normativo astratto e di portata generale, senza cadere in una petizione di principio. E' probabile allora che, tutte le volte in cui il contratto non fornisca alcun elemento utile, si debba distinguere a seconda del contenuto del rapporto obbligatorio, assegnando una sorte ai (crediti concernenti i) beni attesi dall'imprenditore, forse la medesima alle prestazioni tipiche dell'impresa (sempre che risultino note all'acquirente), e un'altra ai crediti e ai debiti pecuniari.

A parte vengono infine disciplinati i rapporti di lavoro. La volontà negoziale involge senz'altro le prestazioni collaborative in quanto fattori della produzione e qui la legge la completa determinando il subentro del cessionario nell'intero rapporto e rendendo tra l'altro ininfluenza il consenso del contraente ceduto; il meccanismo normativo attivato è analogo a quello dell'art. 2558, ma sulla logica della disponibilità dell'effetto successorio prevale in questo caso l'esigenza di protezione del lavoratore, che rende la disposizione inderogabile. Anche la regolazione della responsabilità per i debiti pregressi è dettata parallelamente, sebbene in modo non identico, all'art. 2560.

7. Quello di azienda è un concetto dai contorni sfuggenti. Tra i classici interrogativi che la teoria e la prassi pongono vi sono quelli dei limiti di estraibilità dei beni dal complesso ceduto e dell'individuazione dell'elemento aziendale focale. Il *refrain* ricorrente è quello per cui costituisce azienda anche l'aggregato la cui organizzazione è *in fieri* e che è bisognosa di completamento, purché sia già presente il nocciolo fondamentale, e continua a costituire azienda l'aggregato pur spogliato di alcune sue componenti, purché non essenziali⁹⁰. Il tema è insomma quello della

⁸⁹ Sul punto, per i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, sia consentito il rinvio a M. CIAN, *L'azienda*, in *Diritto commerciale*, a cura dello stesso, 1, Torino, 2014 (rist. agg.), § 9.II.7, p. 157.

⁹⁰ Diffuso è l'assunto per cui è sufficiente che permanga un residuo di organizzazione o che non sia compromessa l'unità economica aziendale: Cass. 9 ottobre 2009, n. 21481; Cass. 28 marzo 1980, n. 2058. La Suprema Corte si è spinta talvolta anche ad affermare l'escludibilità pure di un bene essenziale, purché surrogabile nel perseguimento della stessa attività: Cass. 15 gennaio 1990, n. 123. Altre pronunce, riconducibili a questo medesimo filone, verranno citate più oltre, in quanto, in questa operazione di scarnificazione del complesso fin quando rimanga una produttività in potenza, finiscono per ritenere integrata l'azienda anche in presenza di un unico bene. Le formule adottate appaiono

perimetrazione dell'unità operativa minima: minima, si intende, per l'attivazione della disciplina speciale, in occasione del suo trasferimento.

In proposito spiccano gli esiti cui talora, come si è ricordato, si approda, con l'erezione ad azienda di un singolo bene isolato da ogni altro: è, rispetto alla fattispecie descritta nell'art. 2555, l'estremo limite inferiore raggiungibile; o un punto sottostante a questo limite, dal momento che un bene da solo non può integrare né la complessità, né l'organizzazione enunciate in definizione.

Portando l'attenzione sulla dimensione rappresentata dall'attività, l'interrogativo si chiarisce nella sua portata. Non si risolve con facilità, beninteso; ma si lascia declinare in termini più adeguati.

La figura negoziale disciplinata essendo quella della prosecuzione (della perseguibilità) della serie imprenditoriale, veicolata dall'attribuzione al continuatore del relativo supporto produttivo, è necessario chiedersi innanzitutto come debba essere conformato tale supporto, affinché sia idoneo a conservare la propria funzione veicolatrice. E' necessario poi tuttavia anche affrancarsi dalla considerazione del profilo attributivo, per dirigere l'attenzione su quello puramente imprenditoriale, interrogandosi se e su quali presupposti un fenomeno di avvicendamento nell'attività possa realizzarsi in via negoziale senza passare attraverso il trasferimento di un complesso aziendale.

Ora, il primo quesito si snoda senz'altro in termini che presentano con quelli tradizionali una certa assonanza, ma con una correzione di prospettiva. L'impresa il subentro nella quale costituisce l'oggetto dell'operazione negoziale è l'impresa nel suo concreto manifestarsi: volta a volta, a seconda delle caratteristiche dell'attività e senza che la rilevanza dell'un elemento escluda gli altri, questa concretezza sarà data dal dispiegarsi di un certo modo di organizzazione dei fattori produttivi, dal radicamento geografico, dalla proiezione relazionale verso la clientela, da quella verso gli altri *stakeholders*. L'estrazione di talune componenti dall'unità operativa ceduta "declassa" allora l'operazione al rango di cessione semplice di un mero aggregato di beni, quando interrompa la serie imprenditoriale, o perché determina una decontestualizzazione del complesso (una sua eradicazione dallo specifico contesto di mercato)⁹¹, o perché si impone all'acquirente di

evocare un criterio nella sostanza inafferrabile. E l'argomento è sovente legato a quello della qualificabilità come trasferimento d'azienda anche di un complesso non ancora attivo o il cui esercizio risulta temporaneamente sospeso, di cui si è già riferito più sopra. Sul tema dell'escludibilità dei beni c.d. non essenziali, in dottrina, v. per tutti G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 31 ss.; G. FERRARI, voce "Azienda", cit., p. 688 s., 703 s.

⁹¹ Cfr. M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 742. Il punto del collegamento tra le imprese (per cui il trasferimento deve consentire all'acquirente l'esercizio di un'attività riconducibile a quella precedente) è colto anche da altra dottrina (TOMMASINI, *L'azienda*, cit., p. 239), senza tuttavia una precisa messa a fuoco del fenomeno.

reiniziare la fase della relativa organizzazione, a partire da un punto in cui il programma imprenditoriale è ancora suscettibile di una pluralità di definizioni⁹².

Entrambe le ipotesi necessitano di alcune puntualizzazioni.

Innanzitutto, la decontestualizzazione può verificarsi anche se all'aggregato trasferito rimanga assicurata una astratta vocazione produttiva. E' un punto che si è sottolineato più volte: un parco vetture composto da cinquanta furgoni non è un'azienda di trasporto, come un assortimento di capi di vestiario, per quanto ricco, non è un'azienda di commercio; nell'uno e nell'altro caso manca qualsiasi forma di radicamento, che può essere dato dalla localizzazione geografica o dalla conservazione di relazioni contrattuali (ad esempio con il personale, o con l'unico cliente).

In secondo luogo, rimane pacifico che ogni complesso aziendale abbisogna, perché se ne possa continuare lo sfruttamento, di una costante alimentazione dell'apparato organizzativo; rimane vero prima ancora, inoltre, che un'azienda può considerarsi formata anche antecedentemente al completamento della fase di allestimento; tuttavia, perché l'opera dell'acquirente possa considerarsi prosecutrice della serie imprenditoriale precedente e non tale da innescare invece l'avvio di una nuova serie, è necessario che il complesso trasferitogli, per quanto incompleto, incorpori in sé un programma imprenditoriale ben definito in base agli elementi ceduti.

Non c'è dubbio che si tratti di un problema di essenzialità di talune componenti inerenti l'attività, come si postula nella prospettiva tradizionale; la concreta declinazione di questo parametro è però opaca, fino a quando si resta adagiati sulla considerazione del bene oggetto del negozio. Il problema è di natura relazionale: un giudizio di essenzialità richiede che si individui preventivamente il termine rispetto al quale la valutazione deve essere compiuta. Il punto di vista deve dunque essere quello dell'impresa nella sua concreta e singola manifestazione e non quello del complesso e della sua capacità produttiva; le coordinate del giudizio si mettono allora a fuoco. Il bene non è essenziale perché ha un valore elevato, rispetto alle altre componenti dell'azienda, né perché il suo inserimento esula dall'ordinaria opera di alimentazione e rigenerazione della medesima o richiede ancora un'intensa e prolungata attività di organizzazione; lo è perché la sua

⁹² Quest'ultimo aspetto e la rilevanza del programma imprenditoriale sono ben colti da F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 7 (ID./BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, ideato da V. Buonocore, XII ed., Torino, 2015, p. 109 s.), sebbene poi taluni precipitati dell'impostazione seguita dall'autore (come quello per cui le parti potrebbero comunque qualificare come trasferimento d'azienda anche la cessione di un aggregato in tal senso incompleto, in vista dell'applicazione di quella parte di disciplina speciale che non implichi il sacrificio di interessi dei terzi) non appaiano persuasivi; e sul punto della rilevanza del programma organizzativo cfr. anche F. FIMMANÒ, in *Comm. del cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Delle società, dell'azienda, della concorrenza* (a cura di D. Santosuosso), Torino, 2014, *sub art.* 2555, p. 754.

scelta determina il programma d'impresa. La cessione di un grande stabilimento industriale integra pertanto la fattispecie del trasferimento d'azienda anche quando il suo funzionamento suppone l'arruolamento e l'organizzazione di personale in centinaia di unità, di cui ancora è sprovvisto; mentre la vendita delle escavatrici e delle trivelle ricoverate in un deposito è una vendita "semplice". Può anche accadere che la cessione dell'intera unità operativa, senza alcuna esclusione di beni, risulti in concreto insufficiente, perché la concreta connotazione dell'impresa è legata ai rapporti contrattuali: una attività di vendita di gas richiede, al limite, un ufficio e un software per mezzo del quale gestire la fatturazione della clientela, i quali però, pur nella loro integrità, non costituirebbero di per sé un'azienda, giacché l'impresa è in tal caso definita eminentemente sul piano relazionale, dai rapporti con la clientela stessa e con il grossista, la cessione dei quali (almeno, per i primi, nella forma di consegna dell'elenco dei clienti) deve costituire oggetto della volontà negoziale (ma questo porta più lontano, verso le fattispecie in cui l'applicazione della disciplina speciale può essere sollecitata a prescindere dalla cessione di un apparato produttivo; argomento sul quale si tornerà).

Da questo punto di vista si lascia meglio valutare anche il problema della sufficienza di un bene singolo a veicolare l'impresa⁹³. E' chiaro che non è la mera suscettibilità ad essere impiegato nell'esercizio di un'attività economica, in sé, che pone in concreto il problema, quanto la forza di captazione di un mercato. E' spesso un bene fisicamente radicato in un dato territorio e con vocazione in sé produttiva a possederla⁹⁴: un'autorimessa, un cinema, un albergo. Nell'economia

⁹³ Da ultimo si v. F. FIMMANÒ, in *Comm. del cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, cit., p. 778 ss.; B. LIBONATI, *Corso*, cit., p. 115.

⁹⁴ A tal proposito il *refrain* della produttività potenziale e quello della deducibilità in contratto dell'azienda nella sua fase statica conducono talvolta ad esiti decisamente radicali, che nascondono l'ambiguità di fondo dell'approccio al tema dalla prospettiva del bene. E' così che un appezzamento di terreno è eretto ad azienda, quale stabilimento balneare, e la sua concessione in godimento ad affitto d'azienda, ancorché il conduttore vi debba apportare tutte le attrezzature necessarie, giacché non ha importanza che l'unità operativa non sia in condizione di funzionare senza integrazioni; o che un locale destinato a servizio di ristorazione all'interno di uno stabile occupato da uffici della pubblica amministrazione vale come azienda, ancorché arredi, macchine e personale siano raccolti e organizzati dal conduttore; o che alcuni terreni, dove era sorta una segheria, conservano come tali una potenzialità produttiva e integrano dunque un'azienda, sebbene gli eventi bellici abbiano distrutto lo stabilimento (accostabile a questa, sebbene l'insieme dei beni sia in parte più articolato, la vicenda che interessò un'azienda agricola, qualificata come tale pur risultando formata da terreni su cui insistevano fabbricati rurali, stalle ecc. in pessimo stato e bisognosi di un radicale ammodernamento: Cass. 13 dicembre 1996, n. 11149): cfr. Cass. 31 marzo 2007, n. 8076; Cass. 6 maggio 1997, n. 3950; Cass. 18 giugno 1981, n. 4009, cit. In questo scenario, parrebbero porsi in antitesi Cass. 6 novembre 2001, n. 13689, nel qualificare come locazione d'immobile la concessione in godimento di un locale adibito a bar, perché il locatore non aveva messo a

moderna anche un bene immateriale può dimostrare una analoga e talora assai maggiore capacità attrattiva: un marchio, un nome a dominio.

Si profila in simili casi una sorta di fidelizzazione al bene da parte di una determinata clientela, attuale o potenziale, per ragioni geografiche⁹⁵, pubblicitarie, di consuetudine, di moda. Una qualità, che talora incorpora un valore commerciale ingentissimo, e che non coincide però con il fatto dello svolgimento di un'impresa e l'acquisizione del cui sfruttamento, dunque, non implica, di per sé, l'immissione in una serie imprenditoriale. Non si tratta tanto di negare che il bene singolo possa costituire un complesso organizzato, o il nucleo essenziale di un complesso organizzato, e quindi un'azienda; quanto, piuttosto, di rilevare che il programma negoziale di attribuzione del bene isolatamente considerato (= il trasferimento del marchio, o dell'immobile) non corrisponde al programma negoziale di sostituzione in un'impresa.

Poiché peraltro quest'ultimo ingloba il trasferimento del bene, si rende necessario individuare i criteri di qualificazione dei due negozi.

L'operazione è abbastanza agevole, quando lo sfruttamento economico del bene richieda l'allestimento di un apparato strumentale di una certa dimensione (così è generalmente per un marchio): la necessità, per l'acquirente, di partire dalla fase di organizzazione dell'impresa, definendone lo specifico indirizzo e programma, impone in ogni caso di dare avvio ad una nuova serie, quand'anche questa possa poi beneficiare della clientela trainata dal bene acquisito.

Assai più complessi i casi all'estremo opposto, in cui il bene è in grado di rivestire a servizio dell'attività un ruolo di tale centralità da rendere gli altri fattori produttivi meramente ancillari, se non addirittura da bastare in un certo senso a se stesso: classici gli esempi dell'autorimessa o dell'edificio destinato ad hotel. Sembra plausibile, in questi casi, affermare che il medesimo bene può formare oggetto tanto di un atto traslativo "semplice", quanto di un trasferimento d'azienda; che cioè la circostanza che esso possa costituire il fattore esclusivo o di gran lunga prevalente di un'attività economica non attrae necessariamente la sua circolazione entro il perimetro della

disposizione del conduttore l'attrezzatura necessaria, fornita invece da un terzo; e Cass. 23 aprile 1999, n. 4044, nel distinguere la locazione di immobile adibibile a campeggio dall'affitto di azienda paraalberghiera, in base alla circostanza che si conceda o non si conceda in godimento anche un complesso di attrezzi, impianti e servizi. L'antitesi è indicativa della debolezza del criterio attento alle residue potenzialità produttive del bene.

⁹⁵ E' proprio su queste basi che sovente l'immobile assume di per sé solo ad azienda, nel pensiero delle Corti, sempre orientato verso il bene e le sue potenzialità produttive, proprio in considerazione del fatto che "la... produttività può esser desunta anche dal luogo e dal contesto ove è ubicato": Cass. 16 aprile 2009, n. 9012; Cass. 6 maggio 1997, n. 3950.

fattispecie speciale. Si tratta allora di individuare i presupposti ulteriori (rispetto alla volontà traslativa semplice), la cui presenza qualifica il trasferimento d'azienda.

In proposito, la giurisprudenza formatasi attorno al problema della distinzione tra affitto d'azienda e locazione di immobile (con pertinenze) ripropone tralaticciamente la ben nota formula costruita sulla conformazione della volontà contrattuale, che nel primo caso – si è già avuto occasione di ricordarlo⁹⁶ – contemplerebbe l'immobile come integrato in un più complesso insieme di elementi tra loro interdipendenti e in posizione di reciproca pari rilevanza, mentre nel secondo si appunterebbe sull'immobile stesso come oggetto fondamentale dell'operazione economica. Una visione sviluppata tutta ancora una volta sul piano dei beni e dunque insoddisfacente.

In realtà, in talune ipotesi di confine è discutibile (sul piano giuscommerciale) la stessa configurabilità di un'attività d'impresa: un appezzamento di terreno sito nei pressi di uno scalo aeroportuale può integrare da solo lo strumento per l'esercizio di un'attività di parcheggio, che si può svolgere semplicemente appostandosi accanto al cancello così da filtrare l'ingresso delle vetture; così congegnata l'attività ha però plausibilmente i caratteri del mero godimento, il che porta in ogni caso fuori dal tema in questione. Il superamento del confine verso l'impresa si determina con l'erogazione di servizi collaterali (la custodia delle automobili, il loro lavaggio, il trasferimento dei passeggeri all'ingresso dell'aeroporto), i quali però richiedono l'allestimento di un apparato ulteriore, umano e materiale, la cui assenza in fase di trasferimento implica la necessità di attivare, a partire dalla sua organizzazione, una nuova serie imprenditoriale.

Finitimo è il caso dell'immobile a destinazione alberghiera. Mentre non pongono dubbi, dall'uno lato, la cessione che espressamente contempli gli arredi, i rapporti di fornitura e di lavoro in essere, la consegna dell'elenco clienti ecc. (trasferimento d'azienda), e, dall'altro, la cessione di un edificio da tempo chiuso (vendita "semplice"), suscita più di qualche incertezza la circolazione di un immobile "in attività", quando il contratto nulla esplicitamente disciplini al di fuori dello stesso. La questione rimane comunque sempre un problema di interpretazione della volontà negoziale; e poiché quella diretta alla sostituzione nell'impresa abbraccia il substrato organizzativo nel suo complesso e tocca, come si è osservato, anche la componente relazionale (con i fornitori, i collaboratori, i clienti), è necessario che emergano elementi indiziari dell'esistenza di una volontà di portata più ampia, che includa dell'uno e/o dell'altra la parte essenziale, nei termini sopra precisati, così da involgere in definitiva l'attività. Come tale, un'impresa alberghiera è normalmente caratterizzata dall'immobile e dall'insegna, se questa capta una certa clientela; al limite da quest'ultima, se l'insegna venga cambiata; in alternativa, e specie nella fase iniziale, dall'immobile,

⁹⁶ *Supra*, par. 4, per alcuni riferimenti.

dagli arredi e dal personale, il cui complessivo coordinamento segna il concreto programma imprenditoriale anche prima dell'apertura della struttura⁹⁷.

E' chiaro che neppure portando l'attenzione sull'attività si riesce a delineare una linea di confine netta e di agevole tracciatura; ma si evitano errori di prospettiva. Resta acquisito che la circostanza che attorno all'immobile graviti per definizione, ad esempio per la sua ubicazione geografica, una clientela potenziale (ad esempio, un edificio in una città di forte richiamo turistico) è di per sé irrilevante: sotto tale profilo, le posizioni francesi⁹⁸ sono condizionate dall'accentuazione della clientela stessa come elemento assorbente del *fonds*, il che finisce, lungi dal valorizzare la dimensione dell'attività, per consolidare ancor più la centralità del bene e della sua astratta vocazione produttiva, nella ricostruzione della fattispecie.

Nell'ottica dell'impresa, si può inquadrare infine anche la disposizione speciale, riguardante proprio gli alberghi, contenuta nell'art. 1, co. 9-*septies*, d.l. 12/1985, che esclude la qualificabilità della cessione dell'immobile come trasferimento d'azienda, tutte le volte in cui l'attività non fosse stata iniziata dall'alienante. La norma dimostra che la conformazione strutturale dell'edificio, la sua ubicazione e la sua naturale destinazione non qualificano di per se stesse la vicenda traslativa, occorrendo il subentro in un'impresa già in essere (il che accade quando almeno la fase organizzativa e dunque di radicamento relazionale sia ad uno stadio avanzato); non implica peraltro che la presenza di un'impresa in atto qualifichi *ex lege* come trasferimento d'azienda la cessione del semplice immobile.

Da ultimo, sono le nuove tecnologie e lo spazio virtuale a suscitare problemi di tenore analogo. Per mezzo delle prime e all'interno dell'ultimo si svolgono attività d'impresa e negoziali, che finiscono in taluni casi per mettere in crisi le stesse coordinate fondamentali su cui sono venuti costruendosi nella tradizione gli istituti del diritto commerciale e del diritto civile. Per gli aspetti qui

⁹⁷ L'inclusione o meno nell'atto traslativo di una regolazione dei profili amministrativi dell'attività può certo rilevare come elemento utile alla ricostruzione della volontà negoziale, ma non deve essere sopravvalutata: la presenza di una clausola come quelle tipicamente ricorrenti sull'impegno dell'alienante a fare quanto di sua competenza per assicurare il completamento della procedura amministrativa da parte dell'acquirente non basta a determinare la qualificazione del contratto come trasferimento d'azienda, quando difettino gli elementi menzionati nel testo; viceversa, l'assenza di qualsiasi riferimento in proposito può costituire un elemento indiziario della volontà delle parti di realizzare una cessione "semplice", ma non è di per sé decisiva, ove emerga altrove una volontà negoziale di tenore tale da involgere l'attività. Sul tema in generale della rilevanza di questo profilo v. Cass. 16 ottobre 2006, n. 22112; Cass. 6 febbraio 2004, n. 2240 (a proposito della qualificabilità, come restituzione dell'azienda al concedente, della riconsegna dei beni materiali, anche quando l'affittuario non rinunci all'autorizzazione amministrativa a sé intestata); Cass. 29 novembre 1985, n. 5922.

⁹⁸ *Supra*, par. 4.

in esame, è da rilevare che vi sono siti i quali hanno raggiunto, nella misura della loro capacità attrattiva, ordini di grandezza non accessibili alle attività svolte entro spazi reali. E' qui che alcuni nomi a dominio, generando in ingresso e in uscita flussi straordinari di dati, sono in grado di dare vita a nessi relazionali di numero incalcolabile, che possono avere carattere commerciale; basta ricordare le piattaforme per gli scambi, o quelle per la fruizione di informazioni di vario genere (dai motori di ricerca universali o verticali, ai canali videomusicali), che mettono in collegamento due mercati, fornendo gratuitamente agli utenti a valle determinati servizi e veicolando verso gli stessi pubblicità raccolta sul mercato a monte. Al sito, in tali casi, è associato a tal punto questo fascio di nessi relazionali, che viene naturale chiedersi se la cessione del relativo nome a dominio integri una cessione d'azienda, richiamando la relativa disciplina.

La risposta a questo interrogativo deve essere guidata dagli stessi criteri testé illustrati. Dietro a tali piattaforme si cela un'organizzazione spesso complessa ed in cui le componenti materiale ed umana giocano un ruolo cruciale; in tal caso è evidente che il trasferimento del diritto sul *domain name* costituisce una cessione "semplice". Ma la conclusione è uguale anche quando la piattaforma sia amministrata per mezzo di un *software* con procedure del tutto automatizzate ed elementari. Le relazioni interpersonali mediate dal sito, in tutti questi casi, sono associate (tra l'altro con un legame fortemente volatile, ma questo non ha, qui, importanza) non già al nome a dominio, bensì al contenuto dello spazio virtuale cui esso rimanda. Il nome a dominio, come tale, non è che il segno distintivo di questo spazio, in quanto evoca un certo tipo di contenuti: un indirizzo per accedere agli stessi⁹⁹. E' chiaro dunque che il suo acquirente potrà riprodurre tali contenuti, ricostituendo il più o meno complesso apparato di supporto, e così conservare i nessi relazionali trainati dal diritto *IP* acquisito; ma non si tratterà della continuazione della precedente serie imprenditoriale, bensì di un'attività di nuova attivazione, seppure realizzata ad imitazione della prima. Al centro dell'operazione disciplinata negli artt. 2556 ss. sta sempre lo stesso fenomeno: l'attribuzione all'acquirente di strumenti, operativi e/o relazionali, connotati da un ben definito e concreto programma imprenditoriale, così da consentirgli il subentro nell'attuazione di tale programma. In questa prospettiva, è trasferimento d'azienda la cessione di un supporto che di per sé lo incorpora,

⁹⁹ Non certo un codice alfanumerico privo di funzione commerciale e distintiva, come talora era stato asserito negli anni del pionierismo di internet da parte della giurisprudenza, chiamata a giudicare se l'uso di un nome a dominio uguale o simile ad un diritto di proprietà industriale protetto potesse integrare gli estremi della contraffazione o della concorrenza sleale per confusione (v. Trib. Firenze, 29 giugno 2000, in *Dir. ind.*, 2000, p. 331, cui *adde* Trib. Firenze, 23 novembre 2000, in *Dir. ind.*, 2002, p. 52); bensì un segno che, come tutti i segni distintivi, ha una propria funzione economica non per il suo valore intrinseco (non si tratta infatti di un'opera dell'ingegno, né di un'invenzione), ma in quanto veicola un'informazione e determina una associazione nozionale (con una attività e i suoi prodotti).

ferma restando la facoltà del cessionario di rivederlo e anche di neutralizzarlo (al limite, disgregando il supporto); il semplice *domain name* è invece aperto allo sfruttamento nel contesto di qualsiasi programma imprenditoriale: consente senz'altro al nuovo titolare di emulare il programma definito dal cedente, ma proprio in quanto gli impone comunque di ricominciare dalla fase organizzativa di delineazione del medesimo, si presta esclusivamente a servire l'attivazione di una nuova serie imprenditoriale.

8. Se l'azienda ha, nell'operazione giuridica regolata nel codice, la sola funzione di veicolare il subentro dell'acquirente nello spazio d'impresa, si profila il già enunciato interrogativo della configurabilità di vicende negoziali diverse, in quanto non implicanti il trasferimento di un'unità produttiva, ma tali comunque da sollecitare l'applicazione della disciplina speciale per essere vicende di sostituzione del referente soggettivo dell'impresa medesima¹⁰⁰.

Il punto assume un rilievo centrale sul piano sistematico della ricostruzione dell'istituto. L'abbandono della prospettiva "reale" e dell'idea che gli artt. 2556 ss. siano funzionali al trattamento giuridico della circolazione di un bene assegna all'azienda, come si era sottolineato, un ruolo puramente strumentale, per la sua proprietà di consentire, per mezzo della propria attribuzione ad un nuovo soggetto, la realizzazione del fatto d'impresa alla cui regolazione è precisamente rivolto il *corpus* normativo speciale: dalla ricognizione di questa sua posizione di (mera) strumentalità all'interrogativo circa la sua eventuale inessentialità e alla ricerca dunque dei presupposti attraverso cui il fatto d'impresa possa realizzarsi senza passaggio di un'azienda, il passo è obbligato.

Alcune di queste fattispecie sono già emerse nel corso della trattazione. Vi sono attività le quali, giovandosi di un apparato organizzativo minimo e per così dire generico, risultano caratterizzate fondamentalmente sul piano relazionale¹⁰¹: la vendita di gas, nella sua forma pur estremizzata, ne rappresenta un buon esempio. In casi simili, si è già rilevato che la cessione dell'unità operativa non integra di per sé sola la fattispecie del trasferimento d'azienda, dovendo il programma negoziale investire anche i rapporti con la clientela; non sarebbe esatto obiettare che, la successione nei

¹⁰⁰ Uno spunto nel senso dell'operatività di parte di tale disciplina, e segnatamente dell'art. 2557, pur in assenza di una cessione d'azienda, si rinviene in SPADA, *Lezione sull'azienda*, cit., p. 53, ma senza collegamento alcuno con l'idea del fatto d'impresa, qui esposta.

¹⁰¹ In termini più generali, non da oggi la dottrina più attenta rileva il possibile affrancamento dell'attività da ogni apparato di mezzi materiali e personali direttamente organizzati dall'imprenditore: P. SPADA, *Domain names e dominio dei nomi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 721 s.; G. FERRARI, voce "Azienda", cit., p. 684; più recentemente F. FIMMANÒ, in *Comm. del cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, cit., p. 752.

medesimi costituendo l'effetto legale dell'atto, la qualificazione di quest'ultimo non può dipenderne, ma deve essere sul piano logico compiuta antecedentemente sulla base (dunque) di altri elementi: il riscontrato intreccio tra negozialità e normatività degli effetti regolati negli artt. 2557 ss. vale anzi a mettere in evidenza la peculiare dimensione della volontà contrattuale nella fattispecie speciale e orienta nella ricostruzione e nella classificazione delle vicende di confine.

Il rilievo è tale da condurre agevolmente a riconoscere la non essenzialità (nei termini più su illustrati) di alcuno dei beni componenti il generico e modesto supporto organizzativo servente l'attività; a riconoscere, alla fine, l'inessenzialità dello stesso supporto nel suo complesso. Si perviene così ad affermare che la cessione in blocco dei rapporti con la clientela (ed eventualmente del contratto di fornitura) integra da sola gli estremi del trasferimento "d'azienda"¹⁰². Neppure qui occorre dilatare la nozione di azienda, espandendola sino a comprendervi tali rapporti¹⁰³: la disciplina speciale è richiamata a prescindere dal fatto che venga trasferito un "complesso di beni organizzati" secondo la definizione codicistica¹⁰⁴.

Dal punto di vista ermeneutico, è probabile che l'applicazione di tale disciplina non possa passare attraverso una semplice interpretazione estensiva delle diverse norme, ma richieda l'analogia: solo l'art. 2112 è forse, su un piano testuale, meno legato alla presenza di un agglomerato di fattori produttivi come oggetto dell'operazione negoziale. Il ricorso all'analogia non sembra peraltro presentare problema alcuno, una volta che si siano correttamente individuate la natura e la valenza (quale fatto d'impresa) della fattispecie regolata, nonché la funzione della

¹⁰² Cass. 25 settembre 1997, n. 9174 (in *Dir. banc. merc. fin.*, 1999, p. 384, con nota di D. VATTERMOLI, *Trasferimento d'azienda, cessione di attività e passività e cessione di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco di una banca in l.c.a.: criteri per l'individuazione del discrimen*) ha affermato che la cessione in blocco delle attività e passività della banca (in l.c.a.) può non rappresentare un trasferimento d'azienda, se i rapporti sono considerati in senso atomistico, in quanto riferibili a un organismo non più funzionante; anche in tal caso, la prospettiva del bene e del modo di considerazione del medesimo da parte dei contraenti introduce un criterio i cui contorni restano di difficile percezione; sul tema, più in generale, M. PERRINO, *Le cessioni in blocco*, cit., part. p. 135 ss., ove ampie citazioni. E in dottrina, per l'assunto che la cessione di portafoglio di un'impresa di assicurazione non integrerebbe la fattispecie, F. FERRARA jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 340.

¹⁰³ Non appare dunque condivisibile l'opposta affermazione di M. S. SPOLIDORO, *Conferimento*, cit., p. 696.

¹⁰⁴ Ciò non significa che la cessione del c.d. pacchetto clienti richiami, sempre e in relazione a tutte le imprese, la disciplina del trasferimento d'azienda: lo farà quando il supporto organizzativo risulti non caratterizzante l'attività in concreto, non invece quando esso assuma dimensioni tali per cui, in difetto della sua attribuzione all'acquirente, questi dovrà reimpostare *ab origine* il programma imprenditoriale e così dare avvio ad una attività nuova; in questa ipotesi, la raccolta dei consensi di ciascun cliente, per rendere efficace la cessione dei rapporti contrattuali, resterà imprescindibile, non operando l'art. 2558.

disciplina che ad essa è assegnata; le asserzioni, diffuse specie in giurisprudenza, a proposito del carattere di eccezionalità che talune delle disposizioni in questione rivestirebbero (il che si predica spesso, a riguardo dell'art. 2560 e della responsabilità dell'acquirente¹⁰⁵; ma analoghe considerazioni potrebbero essere svolte quando si invocasse il principio di tassatività delle iscrizioni nel registro delle imprese) sono o inidonee a respingere il ricorso allo strumento dell'analogia nella direzione qui in esame, o, in questa stessa direzione, errate.

Di struttura simile sono i fenomeni in cui l'attività, giovandosi di un supporto materiale di relativa significatività e generico, risulti caratterizzata eminentemente sul piano degli apporti collaborativi (attività c.d. *labour intensive*): come potrebbe accadere nel caso di chi eserciti un'impresa di servizi (ad esempio, indagini di mercato), coordinando il lavoro di numerosi prestatori. Come appare evidente l'insufficienza della cessione del supporto materiale, in vista della configurabilità dell'operazione quale trasferimento d'azienda, così può predicarsi la sufficienza della cessione dei rapporti di lavoro. Nel primo caso, l'art. 2112 non può soccorrere ad integrare una volontà negoziale carente, perché è proprio essa a determinarne l'applicazione; nella seconda ipotesi, la circostanza che il subentro nei rapporti di lavoro costituisca effetto legale della fattispecie non esclude che quest'ultima sia realizzata proprio per effetto di una volontà negoziale avente ad oggetto le prestazioni collaborative, la disposizione giovando a completarla e a dare pienezza al trasferimento, con il superare la mancanza del consenso del dipendente. E' dunque in questa prospettiva corretto il principio talvolta enunciato dalla Suprema Corte, poter costituire trasferimento d'azienda, ai sensi dell'art. 2112, anche la cessione di un gruppo di lavoratori, purché dotati di competenze e assegnatari di mansioni congruenti e coordinate a servizio di un'attività produttiva unitaria, di cui gli stessi costituiscano il nucleo efficiente di impulso¹⁰⁶.

Pure per le attività *labour intensive* non è in alcun modo necessario avvitarsi nella logora questione dogmatica della riconducibilità o meno dei c.d. servizi alla categoria dei beni e della loro conseguente annoverabilità o meno tra le componenti del complesso aziendale¹⁰⁷. Potrà forse la

¹⁰⁵ V. ad es. Cass. 10 novembre 2010, n. 22831; Cass. 20 giugno 2000, n. 8363; App. Bologna, 18 aprile 2006, *iusexplorer*; Trib. Roma, 6 ottobre 2004, *iusexplorer*.

¹⁰⁶ Cfr. Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1095. La Suprema Corte peraltro è tornata anche recentemente su posizioni di retrovia, affermando ad esempio che ogni azienda richiede la presenza di un minimo di beni materiali: Cass. 15 aprile 2014, n. 8756.

¹⁰⁷ Per le diverse posizioni v. F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 8 ss.; G. AULETTA, voce *Azienda*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, p. 4 ss.; G. FERRARI, voce *Azienda*, cit., p. 687; A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., p. 51 ss.; e per qualche ulteriore riferimento M. CIAN, *L'azienda*, cit., p. 141.

soluzione di tale problema decidere del se l'applicazione degli artt. 2556 ss. avvenga in via diretta o analogica, ma esso non supera la soglia della rilevanza meramente classificatoria.

La direzione intrapresa porta invece, sul piano della ricostruzione dei confini dell'istituto, più lontano. A chiedersi cioè se la cessione dei rapporti caratterizzanti sia indispensabile, o se possa bastare meno: la consegna dell'elenco clienti, la presentazione dell'acquirente (meglio, in tal caso: del subentrante) alla clientela stessa, l'esortazione dei collaboratori autonomi a costituire un nuovo rapporto con quest'ultimo. La fattispecie si svilupperebbe in tal caso interamente sul piano obbligatorio, privata di qualsiasi componente traslativa.

L'interrogativo è destinato peraltro a ricevere tendenzialmente risposta negativa. Ogni riduzione della sfera di posizioni giuridiche inerenti l'impresa trasferite, rispetto al novero di quelle facenti capo all'alienante, avvicina di un passo al confine esterno della fattispecie speciale; pur potendo delineare anche per questa ipotesi solo criteri orientativi, sembra plausibile affermare che l'esclusione dal trasferimento dei rapporti contrattuali caratterizzanti e l'assunzione di un semplice impegno di presentazione e di raccomandazione non siano compatibili con un programma negoziale involgente l'impresa e rivelino anzi la volontà di porre termine all'attività e di concepire quella destinata ad essere intrapresa dal nuovo imprenditore come un'attività distinta (una nuova serie), sia pure incoraggiata con il contributo promozionale del precedente: così sarebbe se la società di vendita del gas, in fase di liquidazione, raccomandasse ai propri clienti di affidarsi ad un determinato *competitor*.

Il punto tornerà immediatamente in discussione per quelle attività (produttive non imprenditoriali), in cui la cessione dei contratti con la clientela non si reputa realizzabile; qui, la considerazione svolta pare sufficiente per portare un'eventuale operazione negoziale così congegnata tra due imprenditori al di fuori del perimetro di applicazione della disciplina speciale.

9. L'istituto dell'azienda è, in tutta la materia dell'impresa, uno di quelli che meglio si sono prestati a una riproposizione nel settore delle professioni intellettuali: anche queste servendosi, ormai ordinariamente, di strutture organizzate che raggiungono in alcuni casi dimensioni ragguardevoli, l'evocazione della nozione contenuta nell'art. 2555 viene naturale¹⁰⁸. Ed è sempre il

¹⁰⁸ Sull'argomento, ampiamente, C. IBBA, *Professioni intellettuali e diritto commerciale*, in IBBA – LATELLA – PIRAS – DE ANGELIS – MACRÌ, *Le professioni intellettuali*, Giur. sist. civ. comm. fondata da Bigiavi, Torino, 1987, p. 328 ss.; recentemente, C. SANDEI, *La successione nello studio professionale tra disciplina del trasferimento d'azienda e principi deontologici*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 513 ss.; R. CAMPIONE, *La vendita di "pacchetto" clienti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 523 ss.; per qualche spunto anche E. LOFFREDO, *Profili commercialistici della circolazione*

modo di guardare all'istituto e alla sua disciplina dal punto di vista del diritto dei beni che ha facilitato l'accostamento: non venendo in gioco, o comunque rimanendo sullo sfondo, l'attività, il problema dell'inoperatività delle regole dell'impresa nei confronti del professionista è avvertito come scarsamente influente e non determinante; si tratta semmai di valutare se, rispetto a quest'ultimo, possa configurarsi un'unità operativa dotata di un proprio, autonomo avviamento, suscettibile di essere trasferita come tale e non come semplice aggregato di beni, o se il ruolo del professionista nell'erogazione del servizio intellettuale sia in concreto tale da sovrastare l'apparato umano e materiale di cui si avvale, al punto da non consentire a questo di acquisire alcun valore aggiunto, rispetto alla somma delle sue componenti.

Il dibattito giurisprudenziale si sviluppa, fondamentalmente, tutto su questo piano e finisce per generare soluzioni insoddisfacenti.

In un arco temporale assai ampio, contrassegnato tra l'altro da una non trascurabile evoluzione del modo di produzione dei servizi intellettuali, sul problema qualificatorio le posizioni dei giudici appaiono significativamente convergere (salvo poi anche cruciali differenze sulle relative implicazioni); o, almeno, un itinerario storico lineare sembra ricostruibile¹⁰⁹.

Più risalente la percezione di una diversità ontologica tra azienda e studio professionale. La prima, autonoma unità produttiva, capace di generare utilità indipendentemente dall'opera dell'imprenditore, e come tale trascendente la realtà e le proprietà dei singoli beni suoi componenti (la valutazione appare sviluppata in queste pronunce su un piano spiccatamente economico e non su quello giuridico della configurabilità di un diritto unitario sull'azienda); il secondo, formato da strumenti atti soltanto a rendere più agevole e proficua l'attività del professionista, a questa meramente ancillari, privi, sia pure come complesso, di alcuna attitudine a proiettarsi sul mercato e insuscettibili dunque di essere portati, mercé l'organizzazione, ad un livello superiore di qualità e capacità produttive. Una differenza, questa, che si ritiene registrabile "normalmente"¹¹⁰.

Sulla linea di questa normalità si attestano anche provvedimenti assai più recenti, essendo ancora ben diffusa la realtà degli studi centrati sull'attività e sulla persona del titolare¹¹¹. La giurisprudenza ha d'altra parte pure lasciato evolvere la propria valutazione, al cospetto delle

dell'azienda, in AA.VV., *Studi in tema di forma societaria, servizi pubblici locali, circolazione della ricchezza imprenditoriale*, Torino, 2007, p. 244 s.

¹⁰⁹ La linearità è colta da Cass. 9 febbraio 2010, n. 2860.

¹¹⁰ Cass. 9 ottobre 1954, n. 3495, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 2311; Cass. 9 febbraio 1979, n. 899, in *Foro it.*, 1980, I, c. 71: cfr. anche Cass. 21 luglio 1967, n. 1889, in *Foro it.*, 1968, I, c. 209. In dottrina, per tutti, F. FERRARA jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 72 ss.

¹¹¹ Cass. 9 febbraio 2010, n. 2860.

complesse strutture professionali per certi versi spersonalizzate che nella società moderna si sono andate erigendo: di qui il riconoscimento delle c.d. aziende professionali, apparati umani e materiali il cui tratto caratterizzante viene individuato nell'autonomia funzionale e di rilevanza economica¹¹².

Questo tipo di approccio¹¹³ finisce per condizionare anche il modo in cui si affronta il problema del negozio di cessione dello studio come tale: in cui il tema cruciale diviene sovente quello della sua validità e conformazione; la quale validità, mentre si perviene ad affermare senza difficoltà nella seconda tipologia di studi, genera perplessità nella prima, ove si giunge o addirittura a negarla per inesistenza dell'oggetto¹¹⁴, o a elaborare una riqualificazione del contratto come negozio non propriamente traslativo quale è la cessione di un'azienda, ma atipico e a contenuto in parte obbligatorio (per mezzo del quale si trasferirebbero gli arredi e i beni strumentali direttamente e la clientela indirettamente, attraverso l'assunzione di obblighi positivi di presentazione e raccomandazione del nuovo professionista e negativi di non riassunzione dell'attività nel medesimo luogo)¹¹⁵.

Il vero snodo non viene invece per lo più neppure avvicinato. E' significativo osservare che anche a proposito delle c.d. aziende professionali, il riconoscimento della loro trasferibilità si accompagna al richiamo del solo art. 2112, la predicazione della cui applicabilità¹¹⁶ viene del resto facilitata dalla disposizione contenuta nell'art. 2238, co. 2, nella lettura che di questa viene resa. Rimane invece completamente in ombra il problema dell'eventuale operatività di tutta la restante disciplina dei trasferimenti d'azienda¹¹⁷. Ed è parimenti significativo che, nell'affermare *obiter* che, nella cessione dello studio invece a carattere personalistico (il negozio atipico a contenuto

¹¹² Cass. 7 agosto 2002, n. 11896; Cass. 3 maggio 2007, n. 10178; nonché la citata Cass. 9 febbraio 2010, n. 2860.

¹¹³ In termini sostanzialmente analoghi si affronta l'argomento nella dottrina francese: L. VOGEL, *Du droit commercial*, cit., n. 445, p. 401.

¹¹⁴ Tanto drastica posizione prese Cass. 9 febbraio 1979, n. 899, cit. E' vero peraltro che questa conclusione appare influenzata da una eccessivamente formalistica opera di interpretazione della volontà negoziale, assumendosi che quella diretta al trasferimento di uno studio, considerato dalle parti come apparato produttivo unitario, non potrebbe essere ridotta, in via interpretativa, a volontà di trasferire i beni del complesso. Inutile osservare come su questo assunto influisca pure una visione dell'azienda quale entità giuridicamente distinta dalle sue componenti.

¹¹⁵ L'argomentazione più recente ed accurata in questi termini è sviluppata da Cass. 9 febbraio 2010, n. 2860, che si richiama a due precedenti, pur tecnicamente meno analitici: Cass. 12 novembre 1979, n. 5848, in *Foro it.*, 1980, I, c. 71; Cass. 8 febbraio 1974, n. 370, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, c. 1018.

¹¹⁶ Su cui v. pure e più direttamente Cass. 23 giugno 2006, n. 14642 e Cass. 15 luglio 1987, n. 6208.

¹¹⁷ A onor del vero la citata Cass. 7 agosto 2002, n. 11896, sembra dare per acquisito che, in caso di cessione dell'azienda professionale, sia operante l'art. 36 l. 392/1978, a proposito della trasferibilità del rapporto locatizio pur senza il consenso del locatore.

traslativo-obbligatorio di cui si è detto testé), si realizzerebbe il trasferimento diretto almeno dei mezzi strumentali, la Suprema Corte include in questi, oltre agli arredi, i rapporti contrattuali di fornitura¹¹⁸, senza preoccuparsi di come conciliare l'assunto con la mancanza di consenso al trasferimento, da parte del terzo contraente.

La menzione dell'art. 2112 si trascina dietro tutta l'equivoca visione della fattispecie di partenza. Torna infatti anche qui l'idea che la specialità della regola ruoti attorno al bene: che la sua giustificazione vada ritrovata nella volontà legislativa di accordare al lavoratore una sorta di diritto di seguito sull'azienda, alla luce della sua rilevanza economica¹¹⁹. Il che però dovrebbe portare la selezione ad operare non già in base a criteri di funzionalità, bensì di valore patrimoniale della struttura: dal momento che anche apparati meramente serventi possono rappresentare un'ingente garanzia creditoria.

Spostando il baricentro sul piano dell'attività, quello delle dimensioni e dell'autonomia dell'apparato diviene un falso problema. La questione va mantenuta focalizzata sull'estensibilità o meno in via analogica della disciplina speciale alla cessione dello studio (se questa cioè solleciti l'attivazione di quella), ma il tema si riformula e si reindirizza verso la considerazione dei presupposti e dei limiti di equiparabilità tra professione ed impresa, tema che prescinde del tutto dalle caratteristiche e dall'entità degli strumenti operativi impiegati.

Va sottolineato come anche in relazione a questo argomento gli artt. 2556 ss. (e 2112, pur nelle sue specificità) debbano infatti entrare in gioco come *corpus* normativo appartenente al diritto dell'impresa e non come regole determinate dalla natura di un bene. Le due prospettive non comunicano tra loro, a meno che non si assuma che siano proprio le caratteristiche e le dimensioni della struttura operativa, al superare di una certa soglia, a provocare la trasmutazione della professione in impresa; ma la giurisprudenza, nel configurare la c.d. azienda professionale, non sembra affatto spingersi fino a una simile conclusione e parrebbe restare attestata sulle proprie posizioni tradizionali a proposito del significato dell'art. 2238, co. 1¹²⁰.

Ad ogni modo, il tema che qui unicamente va affrontato (della ricorribilità all'analogia per gli artt. 2556 ss.) si pone evidentemente sempre a valle di quello generale, concernente i confini tra le due fattispecie di attività e le condizioni al verificarsi delle quali il professionista trasmigra nell'area dell'imprenditorialità. Ovunque si collochino tali confini, si pone esclusivamente al di qua di essi; al di là, l'applicazione è diretta e ovvia.

¹¹⁸ Cass. 9 febbraio 2010, n. 2860, cit.

¹¹⁹ Cfr. Cass. 23 giugno 2006, n. 14642.

¹²⁰ Su questo specifico tema v., recentemente, Cass. 7 aprile 2008, n. 8989.

Si tratta allora di verificare anzitutto se, rispetto ad una professione, possa profilarsi un fenomeno di prosecuzione della serie da parte di un soggetto diverso da quello originario; se, dunque, due segmenti di attività soggettivamente riferibili a professionisti distinti e tra loro cronologicamente successivi possano situarsi nel medesimo, concreto contesto programmatico e relazionale di mercato, così da porsi reciprocamente in un rapporto ideale di continuità, e a quali condizioni ciò possa accadere. Si tratta poi di valutare se questa circostanza generi interessi analoghi a quelli a servizio dei quali gli artt. 2556 ss. sono rivolti; e se gli strumenti tecnico-giuridici dagli stessi azionati siano attivabili anche nell'ambito della professione.

Lo snodo, sotto il primo profilo, è con tutta evidenza rappresentato dal rilievo che in linea di principio assume il diretto intervento del professionista nell'erogazione del servizio intellettuale. Tradizionalmente si guarda a questo aspetto dalla prospettiva dei rapporti con la clientela, la quale avrebbe conseguentemente un carattere per così dire personalissimo¹²¹; e considerato il rilievo che la proiezione dell'attività sul mercato di sbocco ha ai fini della valutazione di continuità dei segmenti di attività, si comprende la delicatezza del passaggio. Se, in altre parole, il contributo personale del titolare contraddistinguesse per definizione l'attività nella sua concreta manifestazione e se nel primo venisse dunque a sintetizzarsi per intero il radicamento della seconda nel contesto di mercato, l'idea stessa di una continuazione parrebbe destinata a cadere.

Per la verità una visione tanto radicale non appare ormai più rappresentativa della realtà contemporanea. Il tema dell'evoluzione che ha segnato le professioni intellettuali e le modalità del loro esercizio negli ultimi decenni è troppo noto perché occorra qui riprenderlo. La stessa giurisprudenza che si è richiamata registra il cambiamento. Si tratta allora piuttosto di determinare a quali condizioni una prosecuzione dell'attività possa dirsi in fatto assicurata.

Su tale piano, non c'è dubbio che la conformazione della struttura di supporto assuma un rilievo decisivo. In quest'ottica l'elemento colto dalla Suprema Corte e su cui viene costruita la nozione di azienda professionale può essere valorizzato: non tanto il profilo dimensionale, che sembra sotteso al giudizio sulla posizione "sovrastante" dell'unità operativa rispetto al contributo personale del titolare, quanto il profilo funzionale, su cui si basa il giudizio di autonomia della prima rispetto al secondo. Può cioè affermarsi che, quando la struttura rivesta una posizione caratterizzante dell'attività (come accade *in primis* nei grandi studi policentrici, ma non solo), il suo trasferimento

¹²¹ Se ne deduce infatti l'incredibilità, assunto rispetto a cui la giurisprudenza sopra citata non sembra colta da dubbio alcuno: Cass. 9 febbraio 2010, n. 2860; Cass. 12 novembre 1979, n. 5848; Cass. 8 febbraio 1974, n. 370. In dottrina cfr. C. SANDEI, *La successione nello studio professionale*, cit., p. 523.

pone l'acquirente in condizione di proseguire la serie produttiva, alla stregua di quanto accade in una cessione d'azienda commerciale.

La conclusione deve rovesciarsi, invece, al cospetto delle attività focalizzate sull'intervento diretto operativo del professionista: per esse la struttura, quale che ne sia il valore patrimoniale, si manifesta come aggregato generico di fattori produttivi e assume un ruolo non trainante: pur nel godimento della stessa, un acquirente non potrebbe che ridefinire *ex novo* il programma di attività, dovendone ricostruire interamente le proiezioni relazionali sul mercato; qui, d'altra parte, la credibilità dei rapporti con i clienti, alla luce della loro forte connotazione fiduciaria, rimane fuori discussione. Nulla esclude che il nuovo professionista si sforzi di riprodurre la dimensione relazionale preesistente e neppure che ciò egli faccia con il sostegno del proprio predecessore (il quale solleciti i clienti ad affidarsi al suo "successore"), ma le due attività non risulterebbero in alcun caso idealmente ricongiungibili. Che un contratto in parte traslativo (per la struttura), in parte obbligatorio (per la veicolazione della clientela) sia possibile e valido, nei termini ricostruiti dalla giurisprudenza (e prescindendo qui dalle implicazioni sul piano deontologico che peraltro un simile "procacciamento di clientela" potrebbe avere¹²²), è indubbio¹²³; ma in quanto inidoneo a realizzare

¹²² In argomento, specificamente, C. SANDEI, *La successione nello studio professionale*, cit., p. 526 ss.

¹²³ Nella giurisprudenza francese la questione si è posta in termini analoghi (con particolare riferimento alla professione medica), focalizzandosi sulla clientela e sulla sua credibilità diretta o indiretta. Va detto peraltro che l'argomento è stato avvicinato da diversi punti di vista e che la diversità dei piani di approccio non sembra essere stata sempre adeguatamente colta dalle Corti, come segnalano i rilievi critici della dottrina. *Cass. civ.*, 1^{re}, 7 novembre 2000, n. 98-17731 (su cui v., fra gli altri, le osservazioni di T. REVET, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 167 ss., ove una ricostruzione del pensiero dottrinale e giurisprudenziale a proposito del *fonds libéral*) ha affermato la trasferibilità della clientela civile, purché si garantisca al cliente la libertà di scelta del professionista (e cfr. anche *Cass. civ.*, 1^{re}, 30 giugno 2004, n. 99-20286; *Cass. civ.*, 1^{re}, 19 novembre 2002, n. 00-18339). In senso opposto, precedentemente, *Cass. civ.*, 1^{re}, 7 febbraio 1990, n. 88-18441 (per qualche riflessione in merito, v. F. ZENATI, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1991, p. 560 ss.) l'aveva negata, proprio sull'assunto della inalienabile libertà di scelta del medico o dentista da parte del paziente, tale da rendere la clientela stessa intrinsecamente legata alla persona del professionista e conseguentemente "*hors du commerce*". L'incredibilità in senso tecnico non aveva peraltro nel frattempo impedito alla stessa giurisprudenza di riconoscere per converso leciti i contratti di presentazione dei clienti, aventi ad oggetto l'obbligo dell'una parte di promuovere e raccomandare il "successore" designato ai propri pazienti: *Cass. civ.*, 1^{re}, 7 giugno 1995, n. 93-17099, in *Dalloz*, 1995, p. 560, con nota di B. BEIGNIER. Se è possibile ricostruire un quadro complessivo del percorso seguito dalle Corti d'Oltralpe, sembra che esso si snodi tra il problema dell'esistenza/inesistenza dell'oggetto (o della sua commerciabilità/non commerciabilità) e quello della liceità/illiceità della causa, con una evidente interferenza, peraltro, tra i due profili. L'insieme rimanda allo stesso tipo di riflessioni emerse, forse per la verità con maggiore finitezza, nella giurisprudenza italiana.

una qualsiasi continuazione di attività, esso resterebbe in tutti i casi estraneo all'area della possibile operatività in via analogica della disciplina sul trasferimento d'azienda.

E' dunque esclusivamente sulle prime fattispecie, in cui l'apparato organizzativo ha autonoma funzione caratterizzante, che ci si deve indirizzare. Una selezione peraltro, nel porre sul tavolo il tema dell'analogia, si impone a monte: alcune norme essendo legate alla presenza di strumenti giuridici esclusivi delle attività imprenditoriali ed irripetibili altrove. I meccanismi pubblicitari previsti dall'art. 2556 restano perciò senz'altro inapplicabili, e con essi la regola dell'opponibilità della cessione dei crediti, dettata dall'art. 2559¹²⁴. Più dubbia l'(in)applicabilità dell'art. 2560, che si potrebbe tentare di recuperare se fosse lecito dedurre l'esistenza di un più generale principio di responsabilità per i debiti conosciuti, rispetto al quale l'annotazione nelle scritture contabili (di per sé, evidentemente, legata allo svolgimento di un'impresa commerciale) rappresentasse solo una delle possibili fonti di conoscenza; ma *a fortiori* se la norma non assolve per i creditori funzioni di garanzia patrimoniale, come si è osservato, ed è legata invece alla logica della continuità dell'impresa, un'estensione di questo tipo appare poco convincente, in quanto introdurrebbe un elemento di controvertibilità e dunque di incertezza per l'acquirente, rispetto alla sua esposizione per posizioni puramente passive.

Resta spazio per l'imposizione di un divieto di concorrenza e per la destinazione al "successore" dei rapporti contrattuali (di lavoro e non). Per la verità, se l'art. 2557 è espressione della stessa volontà negoziale di dare pienezza all'effetto sostitutivo nell'attività (e del dovere di correttezza, secondo la lettura sopra ricordata, che generalmente vi si dà), e acquisito che anche tra professionisti intellettuali possono svilupparsi dinamiche concorrenziali, non c'è neppure bisogno di ricorrere all'analogia per sancire il divieto a carico dell'alienante¹²⁵. L'estensibilità della disciplina speciale diventa invece cruciale quanto ai contratti in corso, per la particolare forza che, in assenza del consenso alla circolazione da parte del terzo contraente, le relative disposizioni posseggono per realizzarne la cessione. La giurisprudenza, come si è segnalato, afferma il subentro nei rapporti di lavoro e non è dubbio che la particolare natura degli stessi e degli interessi sottesi alla norma possa orientare in questa direzione. La questione è più delicata per i contratti diversi: l'art. 2558 costituisce una deroga non marginale ai principi generali sui contratti, sacrificando l'interesse del terzo alla conservazione della propria controparte originaria, sebbene vada incontro ad altro interesse del medesimo e sebbene il primo venga recuperato attraverso il riconoscimento del diritto

¹²⁴ Cfr. C. SANDEI, *La successione nello studio professionale*, cit., p. 523, nt. 35.

¹²⁵ In senso interrogativo, sull'operatività dell'art. 2557, ancora C. SANDEI, *La successione nello studio professionale*, cit., p. 523.

di recesso; se allora, così come il collegamento in fatto tra l'esercizio dell'impresa e l'esecuzione del rapporto giustifica tale gradazione di interessi nell'art. 2558, sia riscontrabile un collegamento di pari intensità fra l'attività produttiva non imprenditoriale e l'attuazione dei relativi contratti, tale da poter determinare un allargamento dell'area di derogabilità del principio generale e una estensione della norma speciale, è tutt'altro che sicuro. E' un interrogativo che si innesta direttamente nel generale tema del progressivo avvicinamento delle professioni all'impresa e della progressiva applicazione alle prime degli istituti propri di questa seconda. In una prospettiva sensibile alle tendenze più moderne, è plausibile che la risposta affermativa possa prevalere; e spingendosi ancora più in avanti, è plausibile che – acquisita la successione nei contratti diversi da quelli d'opera professionale – debba essere quantomeno rimeditato anche il granitico principio dell'intrasferibilità di quelli d'opera. Tale principio si basa su un sillogismo apparentemente inattaccabile: i rapporti con i clienti sono caratterizzati tipicamente dall'*intuitus personae*, i rapporti aventi carattere personale non sono soggetti al trasferimento *ex lege*, i rapporti con i clienti non si trasferiscono. V'è da chiedersi invece se, nelle attività professionali che poggiano su una struttura operativa a forte valenza caratterizzante, la coincidenza fra titolare ed esecutore del rapporto e la personalità dell'opera intellettuale non si riducano nella sostanza ad un feticcio e non ne sia dunque legittimo il ridimensionamento, in vista dell'applicazione proprio dell'art. 2558: in proposito va ricordato che la nozione di contratti a carattere personale viene generalmente e correttamente ricostruita in termini restrittivi, riconducendovi non già tutti i rapporti connotati in una qualche misura dall'*intuitus personae*, bensì esclusivamente quelli con prestazione (a carico dell'imprenditore) oggettivamente infungibile o soggettivamente ed in concreto considerata tale dai contraenti¹²⁶. Nel quale scenario, spazi per rivedere il principio c.d. di intrasferibilità della clientela professionale è probabile che siano aperti.

PARTE SECONDA. L'AZIENDA E L'IMPRESA NELLE SITUAZIONI NON CIRCOLATORIE

10. Una delle grandi questioni dogmatiche che attraversano gli studi sull'azienda ne riguarda la natura giuridica. Nulla di più comprensibile, nella prospettiva tradizionale. Un aggregato di beni va classificato e dalla classificazione si possono trarre decisive informazioni in vista dell'applicazione di numerosi istituti pertinenti al diritto dei beni: usucapibilità, rivendicabilità, possedibilità (con

¹²⁶ Per alcuni riferimenti v. *infra*, par. 16.

relativa tutela) ecc. Un tema tanto classico quanto attuale: da ultimo è riaffiorato in giurisprudenza l'argomento dell'usucapione d'azienda¹²⁷.

Come si è ricordato, il fenomeno è peraltro così difficile da inquadrare e così sfuggente che ben poche categorie della sistematica giuridica, nel corso del tempo, sono rimaste inutilizzate. Alla questione classificatoria si è poi intrecciata quella relativa all'unitarietà o meno del complesso e all'esistenza di una posizione giuridica (dominicale) su di esso, distinta dai diritti sui singoli beni che gli appartengono.

Ogni posizione valorizza un aspetto del fenomeno (l'organizzazione, la composizione eterogenea del congiunto, l'interdipendenza degli elementi, la vocazione produttiva come qualità dell'aggregazione), ma nessuna riesce a catturarlo fino in fondo. Alcune qualificazioni assumono d'altronde un valore puramente nozionale. Ampie implicazioni sul piano applicativo ha peraltro senza dubbio il confronto tra le c.d. teorie unitarie e le c.d. teorie atomistiche. La contrapposizione è notissima: si parla di bene distinto ed autonomo, di diritto di proprietà, in una sorta di ipostatizzazione del complesso rispetto alle componenti; oppure si smembra il primo nelle seconde, si disgrega la sua titolarità nel fascio dei diritti sulle medesime¹²⁸.

E' chiaro che le concezioni di più forte impatto sul sistema sono quelle unitarie. Sulla cui base si perviene a riconoscere l'usucapibilità dell'azienda in quanto tale, a prescindere dall'usucapione dei beni; o la sua rivendicabilità per mezzo di un'unica procedura; o l'esperibilità delle azioni possessorie a tutela del suo esercizio.

Il dato testuale della disciplina sembra riflettere questo tipo di impostazione: con l'insistenza sull'idea di una proprietà dell'azienda, che ricorre sia nelle norme di diritto sostanziale che nell'unica di diritto processuale che della materia tratti (art. 670 c.p.c.). Non certo semplicemente sulla base di questa nomenclatura¹²⁹, l'idea viene però presa assai frequentemente sul serio.

Alla radice sta senza dubbio la rilevazione delle qualità che l'aggregato possiede come tale e che si perdono nel suo disfacimento. Produttività e avviamento esercitano, più o meno surrettiziamente,

¹²⁷ Cfr. Cass. 5 marzo 2014, n. 5087, sulla quale v. le osservazioni di L. BOGGIO, *La proprietà dell'azienda come "bene distinto dai singoli componenti": possesso ed usucapione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1447 ss.; è utile la consultazione anche del provvedimento di remissione alle Sezioni Unite: Cass. 16 maggio 2013, n. 11902.

¹²⁸ Per i necessari riferimenti v. *supra*, par. 3. Merita osservare che analogo schema dialettico fra teorie unitarie e atomistiche si ritrova nella dottrina spagnola: per tutti Á. ROJO, *El establecimiento mercantil (II). Concepto, clases y elementos*, in R. URÍA – A. MENÉNDEZ, *Curso*, cit., p. 117 s.; F. SÁNCHEZ CALERO – J. SÁNCHEZ-CALERO GULARTE, *Instituciones*, cit., p. 306; M. BROSETA PONT – F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual*, cit. p. 148 s.; M. BROSETA PONT, *La transmisión de la empresa*, cit., p. 66 ss.

¹²⁹ La quale peraltro non cessa di essere valorizzata: cfr. da ultimo la citata Cass. 5 marzo 2014, n. 5087.

un'influenza determinante sul pensiero di molti; a segnare la direzione è insomma una considerazione di matrice economica e un'operazione logica di tipo quasi matematico: se un dato fattore manifesta certe qualità, la somma di più fattori non può che esprimere la somma delle rispettive qualità, a meno che non si innesti qualcosa di nuovo, non riconducibile ad alcuno di essi. La suggestione, per questa via, produce un'entificazione.

Dalla registrazione del dato economico alla ricostruzione giuridica, tuttavia, il passo è lungo.

Il punto nodale di questo processo di entificazione è rappresentato fondamentalmente dalla difficoltà di dare consistenza al relativo, preteso diritto, in un quadro nel quale non si è disponibili (in ciò d'altra parte correttamente) a negare l'esistenza (meglio: la persistenza) delle componenti del complesso (anche) come beni in se stessi. Già sul piano dogmatico, allora, l'assunto che un bene possa trovarsi ad essere contemporaneamente oggetto di due diritti a contenuto parimenti dominicale e che, dunque, la somma di più beni possa costituire, al contempo, una somma e un'unità appare tutt'altro che plausibile. Per ragioni di ordine logico, parrebbe lecito asserire che un ente è oggetto di due diritti (dell'uno individualmente, dell'altro come parte di un più ampio tutto), solo nella misura in cui questi presentino un diverso contenuto; altrimenti la moltiplicazione delle entità giuridiche si traduce in un semplice gioco di specchi.

E' nella percezione di questa imprescindibile esigenza che si tenta la formulazione delle tesi forse più spinte, ma senz'altro più elaborate e consapevoli, riconducibili al grande filone delle teorie unitarie: le quali danno risalto alle caratteristiche che l'unità produttiva presenta esclusivamente nella sua globalità e ai comportamenti in cui si manifesta la specifica attività del suo titolare su di essa, sforzandosi di conferire proprio ad essi dignità di nuovo ente giuridico e di nuova posizione giuridica attiva; è su questa lunghezza d'onda che emergono come bene l'organizzazione (l'idea organizzativa come opera dell'intelletto o il collante organizzativo come frutto dell'attività) o la clientela (la realtà di un certo bacino di relazioni attuali o potenziali), o che si delinea come contenuto del nuovo diritto il potere di gestione del complesso¹³⁰. Ma anche per raggiungere questi pur più raffinati approdi la strada è non poco accidentata.

¹³⁰ Quest'ultima ricostruzione risale a Rosario Nicolò (R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 177 ss.). Per la verità l'A. qualifica questo potere come diritto di impresa (per alcuni rilievi v. R. TOMMASINI, *Contributo*, cit., p. 206 ss.; ID., *L'azienda*, cit., 226 ss.; G. U. TEDESCHI, *L'azienda*, cit., p. 17 s.; in senso sostanzialmente adesivo alla tesi, recentemente, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 35 ss.; e sull'argomento, così come sui rapporti fra tale preteso diritto e la fattispecie traslativa dell'azienda, cfr. pure O. T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, part. p. 511 ss., nt. 225) e per questa ragione viene accostato alla teorica di origine germanica del *Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb* (su cui v. più avanti): P. G. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova,

Per quanto si sia ormai avvertiti della necessità di muovere dalla prospettiva dell'impresa e non dei beni nella ricostruzione del quadro disciplinare, qui il problema prospettato dalle teorie classiche è ineludibile, trattandosi non già di definire la posizione che l'azienda occupa in una vicenda al cui centro essa è posta dalla legge, ma di individuare quali siano le altre situazioni e vicende di cui può essere parte e quale disciplina vi si debba allora applicare. Attraverso il vaglio di questo problema si deve dunque imprescindibilmente transitare.

Il punto in sé tuttavia richiede una precisazione preliminare. Verificare se l'azienda possa costituire il referente oggettivo di una data fattispecie (sostanziale o processuale), come entità giuridicamente nuova e a sé stante, è operazione che si giustifica solo nella misura in cui i beni che la compongono, individualmente considerati, non possano esserlo (o possano esserlo solo selettivamente), oppure nella misura in cui, quando lo possano, sia immaginabile che la vicenda, in quanto riguardi l'azienda, si svolga secondo regole diverse da quelle operanti, e/o su piani diversi da quelli implicati, quando invece essa investa i beni stessi, pur nel loro complesso. Mentre, quando si tratti semplicemente di valutare se, al cospetto di un accadimento coinvolgente la totalità di questi ultimi, sia richiamabile la disciplina speciale (cioè gli artt. 2556 ss.) o taluni dei suoi principi, l'esigenza di entificare l'azienda non si profila.

E' dunque sul piano applicativo che la realtà del presunto bene azienda deve essere messa alla prova.

Una fattispecie in particolare, tra quelle che la prassi giurisprudenziale ha posto sul tavolo, sembra poter fungere in proposito da efficace cartina di tornasole, ed è rappresentata dall'acquisto mediante usucapione. Un eccellente test di resistenza dell'azienda all'ablazione delle sue componenti (e dunque un ottimo test per misurarne la consistenza), perché qui entrano in gioco i due assunti che neppure le teorie unitarie si spingono a rivedere: la perdurante identità giuridica di ciascuna di queste componenti, cui già si è fatto cenno, e l'assenza di una regola di circolazione unitaria del complesso¹³¹, assenza che vale anche per gli acquisti a titolo originario, sì che l'usucapione dell'una o dell'altra componente richiede l'integrazione della specifica fattispecie prevista per la categoria di beni a cui essa in concreto appartiene. L'usucapione dell'azienda, se di

1969, p. 306; V. MANGINI – [G. G. AULETTA], *Della concorrenza*, in *Comm. del cod. civ. Scialoja-Branca*, III ed., Bologna-Roma, 1987, *sub* art. 2598, p. 203. L'accostamento non è però del tutto esatto, se si considera che il c.d. *Recht am Unternehmen* risulta, in molte delle impostazioni seguite, disancorato dal supporto organizzativo e focalizzato invece sull'attività e sul contesto di mercato in cui essa è svolta; la costruzione di Nicolò rimane invece una teoria dell'azienda a tutti gli effetti.

¹³¹ Su quest'ultimo aspetto v. G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 34 ss.

bene autonomo si trattasse, sarebbe dunque vicenda acquisitiva destinata a perfezionarsi a prescindere dall'acquisto di alcuno dei suoi elementi costitutivi.

L'unità operativa, privata di questi, perde tuttavia ogni concretezza. Senza macchinari, spogliata delle privative industriali, depredata delle materie prime e delle scorte di magazzino, l'azienda non esiste. Sotto il profilo ricostruttivo, ciò significa che il presunto diritto su di essa non potrebbe in ogni caso essere indipendente dai diritti (reali o personali) aventi ad oggetto i singoli beni aziendali. Sicché l'usucapione dell'aggregato non potrebbe mai prescindere dall'usucapione dei relativi elementi costitutivi.

Occorre peraltro ancora valutare se vi possa piuttosto aggiungere qualche cosa; se, cioè, l'usucapione del complesso conferisca al neotitolare prerogative giuridiche non già derivanti dalla titolarità, acquisita essa pure in ipotesi a titolo originario, di questi ultimi (il che equivale a chiedersi, in termini più generali, se la formazione ed eventualmente l'utilizzazione del complesso conferiscano simili ultra-prerogative). E' a tale livello che paiono collocabili quei poteri di gestione che, come si è accennato, vengono talora individuati come il contenuto del diritto specifico sull'azienda (come "godimento qualificato dalla funzione"¹³²); ma, al di là della suggestione delle parole, poiché questo diritto (assoluto) dovrebbe consistere in facoltà comportamentali e in pretese di esclusione estranee al contenuto dei diritti sui singoli beni, lo spazio per la sua configurazione appare inesistente. La gestione del complesso non è invero che una modalità di godimento di tali beni, caratterizzato dalla loro reciproca integrazione.

Fino a quando il processo ricostruttivo viene sviluppato mantenendo l'aggregato produttivo e i suoi elementi come referente oggettivo, ogni sforzo di entificazione del primo sfocia in un'ipostatizzazione. Ciascuno degli aspetti, concernenti l'aggregato stesso o il suo esercizio, che vengono valorizzati (l'organizzazione razionale, la funzionalità, l'attitudine produttiva o reddituale, la gestione) può produrre una lucida descrizione della realtà economica costituente il substrato materiale dell'attività, ma, eretto a elemento costitutivo di una posizione giuridica, si rivela null'altro che un'illusione, come tale priva di qualsivoglia sostanza.

Resterebbe semmai da esplorare se sia percorribile, rifocalizzandosi su un referente oggettivo diverso, una strada alternativa, idonea a condurre comunque al riconoscimento dell'esistenza di un diritto assoluto non sull'azienda, ma ad essa collegato. Si tratta (in parte) di ciò che, nella giurisprudenza e nella dottrina, peraltro sovente assai critica, tedesche, viene definito come *das*

¹³² R. NICOLÒ, *Riflessioni*, cit., 189.

*Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*¹³³. Per la verità le posizioni assunte a proposito dell'oggetto stesso di questo diritto sono molto variegate ed irriducibili ad unità; non c'è dubbio che emerga peraltro talvolta l'idea che esso consista non già nell'insieme dei beni, ma nella proiezione sul mercato dell'impresa, nel tessuto relazionale in cui essa si snoda, insomma nel concreto spazio di attività servito dall'azienda.

Per non lasciarsi tuttavia trascinare, neppure qui, dalla suggestione delle parole, occorrerebbe identificare il contenuto di questo diritto nelle facoltà di comportamento dell'imprenditore e nel potere di esclusione dei terzi, in relazione a detto spazio, come materialmente individuato dal concreto radicamento dell'attività (per oggetto, collocazione geografica, relazioni commerciali); e nel secondo più ancora che nelle prime, posto che queste appaiono direttamente deducibili dalla generale libertà di iniziativa economica, che certo configura sì un diritto, ma di portata assai più ampia ed operante ad un livello diverso rispetto a quello di cui si è qui alla ricerca. Le critiche allora sovente mosse nei confronti del *Recht am Gewerbebetrieb* si rivelano ampiamente richiamabili, e tali da sbarrare il passo a chi si proponga di intraprendere questa strada.

E' risaputo che questo diritto presenta un carattere spiccatamente strumentale, giacché costituisce una creazione giurisprudenziale diretta ad assicurare all'imprenditore (in quanto titolare di un *sonstiges Recht*) la tutela garantita dal § 823 *BGB*, nei confronti di atti in sé non riconducibili alla sfera di applicazione di alcuna delle discipline speciali del diritto dell'impresa (quali la disciplina sulla concorrenza sleale, il diritto *antitrust* ecc.). Per questa sua funzione servente e per i limiti stessi della tutela che in ogni caso gli potrebbe essere accordata (non potendosi configurare un monopolio a favore del suo titolare e dunque restando lo spazio d'impresa liberamente occupabile dai concorrenti, con tutti i mezzi leciti a loro disposizione), il diritto sul *Gewerbebetrieb* risulta privo dei connotati tipici dei diritti assoluti di tipo dominicale: carente di qualsiasi funzione attributiva e inidoneo a generare qualsivoglia area di esclusività a favore del suo ipotetico titolare¹³⁴. Se a questi rilievi si aggiunge la specialità propria della tutela delittuale nel sistema civilistico tedesco, che non reprime in generale gli atti lesivi del patrimonio in quanto tale e che dunque spinge verso la coniazione di diritti riconducibili alle famiglie contemplate nel § 823 I, si

¹³³ La bibliografia è assai vasta e copre un arco temporale amplissimo, la dottrina occupandosene d'altra parte tuttora stabilmente. Mi limito dunque ad alcuni, sommari riferimenti, ove anche i necessari richiami alla giurisprudenza in materia: R. SACK, *Das Recht am Gewerbebetrieb. Geschichte und Dogmatik*, Tübingen, 2007; E. WOLF, *Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*, in *Festschr. für F. von Hippel*, Tübingen, 1967, p. 665 ss.; K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit., § 6, Rn. 1 ss., p. 202 ss., Rn. 63 ss., p. 224 ss.; K. LARENZ – C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II, XIII ed., München, 1994, § 81, p. 537 ss.

¹³⁴ K. LARENZ – C.-W. CANARIS, *Lehrbuch*, cit., § 81, p. 544 s.

perviene senza incertezze a negare che un diritto sullo spazio d'impresa possa configurarsi nell'ordinamento italiano e, come tale, costituire l'oggetto degli atti traslativi disciplinati dagli artt. 2556 ss. c.c.¹³⁵ e di altre vicende sostanziali e processuali.

Neppure in questi termini appare dunque immaginabile l'usucapione di un "bene", quale fattispecie diversa dall'usucapione delle componenti aziendali. La declinazione del problema sotto il profilo effettuale non lascia spazio a conclusioni di segno opposto. Da questo punto di vista, le c.d. teorie unitarie peccano di un'inversione logica nello sviluppo del percorso argomentativo: non è da un'apodittica ricostruzione dogmatica che possono trarsi deduzioni in ordine alla suscettibilità di determinate vicende di investire un'azienda come tale, ma dalla valutazione degli eventuali effetti giuridici che delle prime potrebbero essere propri che può indursi una data qualificazione della seconda. Sotto questo profilo, quello dell'usucapione rappresenta, come si è detto, un tema esemplare, poiché idoneo a saggiare la realtà e la consistenza giuridica dell'entità azienda, al di là delle sue componenti; ma pure per le vicende nelle quali, invece, essa venga fatta intervenire in funzione di bene-veicolo, al fine di trainare cioè nella vicenda stessa le relative componenti (è tipico il caso dell'azione di rivendicazione: la proprietà sull'azienda serve qui per rendere esperibile l'azione e per consentire il recupero materiale di beni rispetto ai quali non si vanta alcuna posizione dominicale¹³⁶), occorre procedere in termini analoghi; verificando se esista una situazione di signoria su alcunché, che sia recuperabile a prescindere dalla reimmissione nel godimento dei beni aziendali; negando il che, l'idea dell'entità azienda viene fatalmente a cadere.

Gli interrogativi vanno a questo punto riorientati. Ancora sul piano del diritto (sostanziale o processuale) dei beni, ma solo rispetto alle componenti aziendali individualmente considerate, va posto il problema delle condizioni e dei limiti in cui esse possano costituire oggetto delle diverse vicende potenzialmente implicate. E nella misura in cui lo possa un insieme di elementi atti a formare un'azienda, la questione si sposta poi sul piano del diritto dell'impresa: dovendosi valutare se tale circostanza sia idonea a sollecitare l'applicazione di una disciplina diversa da quella di diritto comune e in particolare, nei limiti della contiguità delle fattispecie e della compatibilità, l'applicazione dei principi che presiedono alla continuazione nella serie imprenditoriale.

¹³⁵ Nel senso che il *Recht am Gewerbebetrieb* difetti, tra l'altro, anche del carattere della trasferibilità, K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit., § 6, Rn. 73, p. 228.

¹³⁶ Sul tema della rivendicazione d'azienda v. ad esempio D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., p. 165 ss.; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 304 ss.; M. CASANOVA, *Rivendicazione di azienda nel sistema del nuovo codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, II, p. 321 ss.; F. FERRARA jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 441 ss.; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 376 ss.

In questi termini, il problema della natura giuridica dell'azienda si rivela, più che un tema potenzialmente foriero di soluzioni errate, un falso problema. Nessuno può dubitare, già si è avuto occasione di sottolinearlo, che l'azienda goda, nel sistema normativo, di una considerazione unitaria¹³⁷, quale apparato di fattori produttivi suscettibile di supportare l'esercizio di un'attività d'impresa e in particolare quale aggregato di beni che, circolando come tale, è idoneo a permettere la continuità di una serie imprenditoriale pur nella sostituzione del suo referente soggettivo. In questo stesso quadro si situa anche la sola altra disposizione dedicata all'istituto: l'art. 670 c.p.c. non è determinante al fine di indirizzare verso il riconoscimento di posizioni giuridiche di natura reale sul complesso né verso la sua riconduzione alla famiglia delle universalità di beni, posta la non decisività delle qualificazioni normative, ma conferma semmai il trattamento che ad esso viene comunque riservato in ragione della sua vocazione al servizio dell'impresa; la norma in materia di sequestro giudiziario permette cioè di procedere unitariamente sull'azienda¹³⁸, così da garantire, per mezzo della sua custodia e gestione, la conservazione di tale vocazione, altrimenti destinata a disperdersi¹³⁹. Non è rilevante che si tratti di una norma a tutela del bene o dell'impresa (classificazione sterile sotto ogni profilo), ma che confermi il trattamento speciale riservato all'aggregato.

L'alternativa alla forgiatura di un bene nuovo, quale oggetto di vicende a regolazione particolare, non è dunque il disfacimento del complesso nelle sue componenti, quali oggetti di vicende a questo punto necessariamente a regolazione ordinaria e dagli effetti disarticolanti; in altre parole, l'alternativa all'entificazione dell'azienda non è l'inconfigurabilità di fattispecie con oggetto aziendale o la negazione dell'utilità di un loro isolamento, in vista dell'applicazione di uno statuto normativo speciale; è invece la ricerca dell'idoneità delle componenti a divenire oggetto nel loro complesso di simili vicende e ad attivare, alla luce della considerazione unitaria di cui questo gode a certi fini e in certi contesti sul piano normativo, un sistema di regole con essa coerente. E' per ciò che quello della natura dell'azienda risulta un falso problema: un problema, a ben guardare, non necessario. Il tema della regolazione delle fattispecie diverse dagli acquisti derivativi, quando investano un'unità operativa, rimane invece aperto e rimane un tema di diritto speciale, che non può

¹³⁷ Punto acquisito, questo, da chi pur nega l'entificabilità dell'azienda: per tutti G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 15 ss.; G. FERRARI, voce "Azienda", cit., p. 698 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, cit., p. 145; G. U. TEDESCHI, *L'azienda*, cit., p. 16.

¹³⁸ E con ricadute sul contenuto stesso degli atti del procedimento, secondo l'orientamento consolidato in giurisprudenza, validamente formulati quando siano indicati gli elementi identificativi del complesso, non occorrendo l'analitica elencazione dei beni investiti dal sequestro: Cass. 21 gennaio 2004, n. 877; Cass. 21 giugno 2000, n. 8429.

¹³⁹ Cfr. G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 300; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 35.

essere sciolto cioè semplicemente nella cernita dei beni suscettibili individualmente di esserne oggetto e nel richiamo della disciplina di diritto comune; rimane al contrario un problema di sussumibilità nella fattispecie dell'unità operativa nel suo insieme e di individuazione dell'eventuale disciplina appositamente applicanda in deroga o ad integrazione di quella di diritto comune.

Esso si snoda fundamentalmente intorno a questi tre punti: quali e quanti beni appartenenti all'azienda possano costituire oggetto di una data vicenda (sostanziale o processuale) ed eventualmente se il fatto di essere integrato al complesso permetta di attrarre nella vicenda un bene, che, isolatamente, non potrebbe esserne oggetto; se, ove si sia acclarata la possibilità che la vicenda investa un aggregato qualificabile come azienda e ciò in concreto accada, il fatto dell'aggregazione indirizzi verso regole della vicenda diverse da quelle applicabili al singolo bene isolato; se, infine, il fatto dell'aggregazione richiami ulteriori regole, di diritto dell'impresa, destinate ad integrare il trattamento normativo della vicenda.

Tutti questi interrogativi meritano di essere considerati e approfonditi, soprattutto con riferimento a talune fattispecie, che si segnalano dall'un lato per la loro spiccata attitudine a declinare l'argomento su ciascuno dei tre livelli appena individuati, e dall'altro per la centralità che hanno assunto nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla natura dell'azienda, rappresentando il loro trattamento il precipitato diretto ed esemplare delle ricostruzioni unitarie.

11. Prima tuttavia di passare alla *pars construens* dell'argomento, non può ignorarsi l'ulteriore traiettoria che il pensiero classico e specie quello più *à la page* nella giurisprudenza recente finiscono per prendere.

L'entificazione dell'azienda richiede importanti prese di posizione a valle. Il piano di movimento è sempre lo stesso: il diritto dei beni. Va subito sciolto il problema della catalogazione tra le classi di beni, la quale, a cascata, si trascina dietro la selezione della disciplina destinata ad operare, sotto più di un aspetto. E poiché l'alternativa è tra mobili e immobili, l'ago punta sulla natura mobiliare¹⁴⁰. E' una catalogazione sostanzialmente per esclusione, d'altra parte secondo il criterio generale fissato nell'art. 812 c.c. Sotto questo profilo, le teorie c.d. unitarie manifestano una forte consequenzialità logica, la quale conduce ad annoverare l'azienda tra i beni mobili indipendentemente da qualsiasi considerazione in merito alla natura delle sue componenti; poiché si ragiona di un bene distinto da queste, il loro eventuale carattere immobiliare non può condizionare

¹⁴⁰ In giurisprudenza v. Cass. 9 agosto 1988, n. 4886; Cass. 19 luglio 2000, n. 9460. In dottrina cfr., oltre agli autori più sotto citati, G. AULETTA, voce *Azienda*, cit., p. 8 (con qualche distinguo).

il discorso, e poiché non c'è dubbio che l'entità generata quasi per induzione dall'aggregazione delle medesime non ha alcun ancoraggio alla terra, la sua mobiliarità è sicura.

Le implicazioni sono impegnative e talvolta singolari. Anche qui la premessa dogmatica è posta al servizio di due distinti scopi, a seconda della fattispecie coinvolta: serve, al cospetto di alcune vicende, per poterne affermare la realizzazione a prescindere dal coinvolgimento dei beni aziendali; al cospetto di altre, per poter attrarre alla disciplina della vicenda, quale essa si declina al riguardo dei beni mobili, anche le componenti aziendali, indipendentemente dalla loro natura.

L'enucleazione di queste due famiglie di fattispecie è fondamentale, perché, a ben vedere, gli obiettivi rispettivamente perseguiti riguardo ad esse appaiono antitetici. La consapevolezza, sul punto, tuttavia non è una costante.

Del primo tipo di vicende si è visto cosa comporti l'impianto dogmatico eretto attorno all'istituto, e nuovamente l'usucapione ne costituisce un'ipotesi assai rappresentativa: in quanto bene mobile, l'entità azienda è stata reputata infatti suscettibile (tra le tante tesi che hanno trovato voce) pure di acquisto *a non domino* secondo il principio dell'art. 1153 c.c.¹⁴¹ o di acquisto *ex art.* 1162 quale mobile registrato¹⁴², fermo sempre restando che l'acquisto di ciascuno dei suoi elementi seguirebbe invece la disciplina sua propria. Questi assunti non sono per la verità per nulla pacifici; se si vuole, essi costituiscono la linea del fronte più avanzata delle concezioni unitarie, una linea che, più spesso, non si raggiunge, ma semplicemente perché la presenza, nel sistema italiano, della figura delle universalità (poi segmentate e moltiplicate nelle sottoclassi delle *universitates facti, iuris, rerum, iurium*) suscita una diffusissima attrazione, specie nei confronti della giurisprudenza, e porta a richiamare piuttosto l'art. 1156¹⁴³.

¹⁴¹ L. MENGONI, *L'acquisto "a non domino"*, Milano, 1949, p. 165 s., con riferimento alle aziende non commerciali (perché non iscritte); ma l'autore muterà successivamente opinione (v. *infra*, in nota).

¹⁴² F. FERRARA jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 345, testo e nt. 2.

¹⁴³ Da ultimo Cass. 26 settembre 2007, n. 20191, nonché Cass. 6 novembre 1995, n. 11531. La prima è centrata esattamente su questo tema: al subacquirente dell'azienda è opponibile il patto di riservato dominio sotto il quale l'azienda era stata a suo tempo acquistata dal dante causa, non operando l'art. 1153, trattandosi di una "tipica universalità". Il secondo provvedimento per la verità affronta erroneamente il problema dell'applicabilità di questa norma, la questione vertendo sulla opponibilità all'acquirente dell'azienda di un atto di pignoramento anteriore al suo acquisto e avente ad oggetto uno dei beni aziendali, e trattandosi dunque semmai di selezionare quale tra i principi fissati nell'art. 2913 fosse invocabile (se quello generale dell'antiorità dell'atto – che la Corte richiama –, o quello speciale di tutela dell'acquirente ancorché successivo di buona fede, relativo ai beni mobili). E sul fatto che l'azienda, quale universalità di beni, si usucapirebbe *ex art.* 1160, Trib. Monza, 26 giugno 1998, *iusexplorer*; a proposito dell'inoperatività dell'art. 1153, alla luce di quanto disposto dall'art. 1156, v. anche, meno recentemente, App. Firenze, 27 febbraio 1948, in *Giur. it.*, 1950, I, 2, c. 169. E in dottrina, nel medesimo senso, R. TOMMASINI, *Contributo*, cit., p.

Dell'usucapione e di questa serie di vicende si è tuttavia già parlato, la debolezza delle costruzioni unitarie profilandosi ancora più a monte, nel dover postulare la consistenza di un diritto autonomo, trasferibile, esercitabile, acquisibile, che rimane, invece, del tutto inafferrabile. Qui sono invece le fattispecie del secondo tipo a segnalarsi per la eterodossia applicativa delle conclusioni cui ci si spinge ad addivenire.

Se in alcune ipotesi la classificazione si rivela semplicemente non utile in rapporto alle implicazioni che se ne vogliono evincere¹⁴⁴, in altre la consequenzialità delle deduzioni, apparentemente rispettosa della più rigorosa logica argomentativa, conduce ad un dogmatismo tale da stridere con la realtà delle cose e da entrare, alla fine, in contraddizione con lo stesso sistema classificatorio adottato come premessa. In un caso recente (la decisione della Suprema Corte è del 2000), il comodante di alcuni impianti di carburante ne aveva richiesto la restituzione al fallimento della società comodataria con rito ordinario¹⁴⁵. La questione finì per vertere sulla necessità o meno di azionare invece la procedura speciale prevista per i soli beni mobili dall'allora vigente art. 103 l. fall. e produsse l'affermazione per cui, se fosse stato accertato che gli impianti – la cui natura in sé immobiliare veniva riconosciuta – integravano come tali un complesso aziendale, la domanda di restituzione avrebbe dovuto essere qualificata come domanda con oggetto mobiliare e la si sarebbe dunque dovuta proporre proprio nelle forme endofallimentari disposte dalla disciplina concorsuale¹⁴⁶. In altre parole: il bene azienda, che pure non assorbe gli elementi che lo compongono alla stregua di una cosa composta, sarebbe tale da attrarre i medesimi alla propria natura (almeno allorquando se ne domandi il recupero), cosicché essi, peraltro, si ritroverebbero ad essere mobili e immobili nello stesso momento, o mobili a certi fini e immobili ad altri.

138; L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, III ed., Milano, 1975, p. 91, nt. 105 (mutando così la posizione assunta nell'edizione originaria dell'opera); ID., *Ancora sull'inapplicabilità all'azienda del principio "possesso vale titolo"*, in *Giur. it.*, 1950, I, 2, c. 170 ss.; A. MONTEL, *Note sul possesso dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 248 s.; M. ROTONDI, *Diritto industriale*, cit., p. 366; a riguardo dell'usucapibilità ex art. 1160, G. RACUGNO, *Azienda*, cit., p. 26.

¹⁴⁴ Cfr. Cass. 9 agosto 1988, n. 4886: in quanto bene mobile l'azienda non può costituire oggetto di enfiteusi, neppure se il bene principale sia rappresentato da un immobile; per giungere a questa conclusione bastava accertare il carattere plurimo, e non avente natura meramente immobiliare, del complesso di beni oggetto dell'atto. Nell'un caso e nell'altro i principi in materia di negozi non esimono dal verificare se l'atto possa essere fatto salvo (per la via della conversione, secondo la logica seguita dalla Suprema Corte, dovendosene mutare l'oggetto; in base ai principi sulla nullità parziale, se non si è disposti ad entificare l'azienda) per la componente immobiliare.

¹⁴⁵ Si tratta della già citata Cass. 19 luglio 2000, n. 9460.

¹⁴⁶ E v. a proposito dell'applicazione dell'art. 103 l. fall. v.t. all'azienda, seppure con argomentazioni meno esplicite, anche Cass. 23 dicembre 2015, n. 25931 e Cass. 3 novembre 1994, n. 9046.

L'artificiosità dell'impianto ricostruttivo appare evidente: la moltiplicazione degli enti infligge qui ai beni aziendali, in più, un'identità dissociata¹⁴⁷.

12. Il percorso argomentativo nelle ricostruzioni tradizionali tendenti a valorizzare l'unitarietà dell'azienda muove fundamentalmente da postulati pregiuridici; nella disciplina ed in specie nella terminologia qualificatrice adottata dal codice (con i già menzionati richiami alla proprietà e al possesso e con la riconduzione o quantomeno l'apparentamento alla famiglia delle universalità, espressi nell'aggettivo "altre", cui ricorre l'art. 670 c.p.c.), si cerca e si trova non più che la conferma di una classificazione, la quale rinviene le proprie motivazioni eminentemente nella considerazione della *Natur der Sache* e in particolare, come si è evidenziato, della funzionalità economica del complesso produttivo.

Abbandonata questa prospettiva e con essa la via dell'unità dell'azienda, il punto focale del problema torna ad essere rappresentato dalla disciplina. Sono gli artt. 2556 ss. a rivelare la misura in cui nella regolazione della fattispecie l'aggregato di beni riceve un trattamento coordinato e soprattutto la posizione che l'aggregato medesimo occupa rispetto agli scopi propri della vicenda negoziale. Il punto di vista dell'impresa e della continuità della serie produttiva deve rimanere dunque al centro della riflessione, anche quando ci si sposti sulle vicende diverse dagli acquisti a titolo derivativo: se un'azienda può esserne coinvolta, la ricostruzione della relativa disciplina deve procedere da questi dati normativi, e, nuovamente, non da una sovrastruttura concettuale elaborata sul piano del diritto dei beni.

Viste in tale ottica, le diverse vicende immaginabili appaiono in parte accostabili sotto taluni aspetti, che suggeriscono di affrontarle non già in modo sequenziale, come si usa, bensì muovendo proprio dall'analisi di questi ultimi.

Si tratta d'altra parte di vicende, riguardate nell'insieme, tra loro molto eterogenee (si è discusso di usucapione e di rivendicazione, come si è ricordato, ma ad esempio anche di pegno, pignoramento, sequestro conservativo¹⁴⁸, tutela possessoria¹⁴⁹ dell'azienda), tra le quali però le

¹⁴⁷ Inutile dire che, su queste basi, le classificazioni si fanno fragilissime e ambigue al punto che non sorprende rinvenire conclusioni tra loro opposte: a proposito del modo di collazione dell'azienda, la stessa Suprema Corte non richiama la disposizione dedicata ai beni mobili e contenuta nell'art. 750, bensì le forme dell'art. 746 c.c.: Cass. 15 gennaio 2003, n. 502.

¹⁴⁸ Per tutte queste fattispecie v., anche per i necessari riferimenti, G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 296 ss.; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 371 ss., e inoltre D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., p. 153 ss. A proposito del sequestro conservativo, v. recentemente in giurisprudenza Trib. Milano, 9 settembre 2015, reperibile nel sito www.giurisprudenzadelleimprese.it (accesso: 14 aprile 2016).

prime due appaiono assumere una valenza per così dire archetipica, facendo sintesi delle diverse componenti del tema generale, così come esse si declinano rispetto alla coppia di schemi di fattispecie, nei quali i tanti accadimenti, rispetto a cui il coinvolgimento di un'unità produttiva è profilabile, risultano suddivisibili.

In effetti, sembrano distinguibili le vicende destinate in ogni caso ad agire pluralmente, ossia separatamente su ciascuno degli elementi del complesso (fattispecie sostanziali come l'usucapione: si realizza l'acquisto dell'una componente, si realizza l'acquisto dell'altra), rispetto alle quali è da definire se l'eterogeneità dei beni e il loro collante provochino delle interferenze disciplinari – in vista della conservazione della serie imprenditoriale o a causa di essa – o se le regole della vicenda restino per ognuno dei beni quelle proprie della categoria cui esso appartiene; e le fattispecie (quelle processuali, *in primis* la rivendicazione) per le quali un tema di conservazione della serie imprenditoriale si pone solo nella misura in cui esse possano agire unitariamente sull'aggregato e che richiedono dunque che si vada alla ricerca, nella disciplina, della possibilità di una simile azione unitaria (come è esplicitata per il sequestro giudiziario).

Se si presta attenzione, si può constatare come questo criterio dell'azione plurima o unitaria tracci una ripartizione che, sebbene inavvertita, è presente anche nelle costruzioni sviluppate sul piano del diritto dei beni e entificanti l'azienda (ancorché la sovrapposizione tra le due coppie di classi non sia completa): tra le vicende in cui la nuova entità serve a perfezionare la fattispecie ad un livello altro rispetto a quello occupato dai singoli beni (usucapione dell'azienda a prescindere dall'usucapione dei suoi elementi) e le vicende in cui la nuova entità serve per trainare nella fattispecie i singoli beni (rivendicazione dell'azienda per recuperarne gli elementi).

¹⁴⁹ Nel senso dell'esperibilità dell'azione di reintegrazione Cass. 2 aprile 2014, n. 7741; Pret. Genova, 19 aprile 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2373; *contra*, Trib. Monza, 8 ottobre 2001, in *Giur. Merito*, 2002, p. 753. A proposito dell'esperibilità dell'azione di manutenzione cfr. la risalente Cass. 31 marzo 1958, n. 1113, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, p. 422, con nota di A. VANZETTI, *La tutela della proprietà e del possesso dell'azienda*. In dottrina v. poi, a favore della proponibilità delle due azioni, R. TOMMASINI, *Contributo*, cit., p. 138 s.; M. ROTONDI, *Diritto industriale*, cit., p. 365 s.; a proposito dell'azione di reintegrazione, G. BONFANTE – G. COTTINO, *L'imprenditore*, cit., p. 624; P. SPADA, *Lezione sull'azienda*, cit., p. 58; a proposito dell'azione di manutenzione, A. ZACCARIA, *Possesso e manutenzione d'azienda*, in *Studium iuris*, 2002, p. 1195 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, cit., p. 147 e G. RACUGNO, *Azienda (voce per una enciclopedia)*, in *Riv. giur. sarda*, 2015, II, p. 27 (a riguardo della componente mobiliare aziendale); in senso opposto, T. ASCARELLI, *Corso*, cit., p. 321; per alcune considerazioni v. pure D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., p. 174 ss. Il tema meriterà, per le peculiarità delle azioni implicate, qualche considerazione, che si potrà tuttavia svolgere con profitto solo dopo avere definito il possibile significato dell'espressione "possesso dell'azienda" e dopo avere ricostruito la disciplina della vicenda recuperatoria per eccellenza, ossia della rivendicazione dell'azienda medesima.

E' perciò all'usucapione e alla rivendicazione, come ai modelli per un'utile analisi, che merita rivolgere, in una riflessione neppure tra di esse sequenziale, ma per profili, l'attenzione.

In primo luogo, usucapione e rivendicazione si collocano come vicende a valle di una gestione d'azienda altrui, cosicché, al fine di determinare cosa sia usucapibile o rivendicabile e in che termini e con quali conseguenze, esse sollecitano a stabilire anzitutto quali effetti produca sull'aggregato (e sull'impresa!) la conduzione altrui. Entrambe le vicende, poi, fin tanto che non determinino la frantumazione dell'unità operativa e tolgano con essa le basi per una continuità della serie produttiva, sollecitano a verificare condizioni e ampiezza del richiamo ai principi e alle disposizioni di diritto sostanziale dedicati dagli artt. 2556 ss. a questo specifico fatto d'impresa.

13. Si è detto che ragionare di un'usucapione (come di ogni altro fatto) d'azienda significa – una volta acquisito che, quanto all'oggetto, ciò corrisponderebbe comunque all'usucapione di una pluralità di beni – verificare se la vicenda possa coinvolgere un numero di elementi tali da integrare un'unità operativa e se, in caso positivo, questa circostanza attivi una disciplina peculiare, vuoi sul piano acquisitivo (regole speciali per il perfezionamento dell'usucapione¹⁵⁰), vuoi su quello sostitutivo (richiamo delle norme sulla continuità della serie imprenditoriale).

Per quel che riguarda il primo aspetto, l'usucapione è rappresentativa, come si è osservato, delle fattispecie per le quali non occorre ricercare la possibilità di una operatività unitaria, nelle modalità e nei tempi di perfezionamento, al fine di considerare coinvolta un'azienda: si usucapiscono cioè l'immobile presso cui l'attività è esercitata, ciascuna delle macchine e i beni a magazzino (e via elencando), ed è la somma di tali acquisizioni a poter configurare un'usucapione d'azienda, in termini tali da giustificare la posizione degli interrogativi sui livelli successivi. E' per questo che si può parlare di fattispecie ad azione plurima.

Prima di muovere alla ricerca della relativa disciplina, peraltro, è fondamentale mettere a fuoco il presupposto di fatto su cui si potrebbe fondare la fattispecie: quello che, con espressione sintetica, è definibile come il “possesso dell'azienda”. Quando infatti non si profili una situazione possessoria avente ad oggetto un aggregato produttivo, ma solo beni irriducibili ad un'unità operativa, i problemi profilabili appaiono tutti rientrare senz'altro nella pura e semplice area della disciplina del diritto comune dei beni.

Il “possesso dell'azienda” non è però situazione che si espliciti in una dimensione diversa rispetto a quella in cui si esplicita la relazione di fatto con i singoli beni: messa da parte cioè ogni velleità di entificazione dell'azienda, è chiaro che il “possesso” della stessa non può esprimere una

¹⁵⁰ Coglie la questione, esattamente in questi termini, G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 55.

posizione di fatto altra e superiore, rispetto a quella che ha ad oggetto i beni medesimi; di qui l'impossibilità di configurare un "possesso d'azienda" quando essi, nella loro totalità o comunque per la parte caratterizzante (nel senso sopra precisato), siano utilizzati con l'animo del detentore. Per altro verso, il possesso idoneo a suscitare gli interrogativi circa l'operatività di una disciplina speciale in quanto collegata ad una vicenda imprenditoriale non può essere un possesso qualunque, ma deve esprimersi nella gestione dei beni finalizzata all'esercizio dell'attività produttiva; ancora una volta, non un possesso che trascenda e si aggiunga a quello del singolo bene, ma un possesso di questo qualificato dalla funzione.

E' in tali termini che può integrarsi dunque il fatto del possesso di azienda. Il fenomeno può manifestarsi in realtà, e di regola si manifesterà, in forme assai complesse, in ragione della complessità del suo oggetto. Tre sono i piani su cui questa si esplica: l'azienda è (può essere e normalmente sarà) complessa soggettivamente (per la numerosità dei proprietari dei beni), oggettivamente (per la varietà tipologica dei beni), temporalmente (per la mutevolezza della composizione nel tempo). Di questa caratteristica occorre tenere conto, nella ricostruzione delle regole della vicenda. Non si tratta infatti di ricostruire semplicemente le modalità e i tempi di usucapione di un insieme di beni omogenei per titolarità, natura e momento di ingresso nell'azienda; questa non è che una ipotesi elementare e di rara ricorrenza. La disponibilità di fatto dell'aggregato, corrispondente all'esercizio dell'attività per mezzo dell'azienda, riguarderà invece di regola beni di diversa provenienza, utilizzati dal gestore a titolo diverso e a partire da momenti diversi.

In questo assai complesso scenario, alcuni interrogativi sembrano comunque poter ricevere una risposta sostanzialmente sicura.

Innanzitutto, la complessità soggettiva dell'aggregato non pare suscettibile di interferire con le condizioni, le modalità e i tempi di produzione dell'effetto acquisitivo. L'eterogeneità dei titolari dei beni non ostacola cioè, né influenza l'usucapione di ciascuno di essi. E' chiaro peraltro che questa può realizzarsi nella misura in cui sia integrato il presupposto del possesso, e dunque non per i beni oggetto di detenzione; non si profilerà dunque mai una questione di usucapione dell'immobile di proprietà di terzi, all'interno del quale sia esercitata l'attività in cui l'attuale imprenditore è subentrato per effetto di un negozio nullo, e per il godimento del quale questi continui a corrispondere al locatore il canone, nella creduta veste di nuovo conduttore. L'eterogeneo titolo di disponibilità dei beni pone piuttosto un problema sotto il profilo delle regole dell'impresa: se, cioè, l'usucapione della parte usucapibile del complesso sia idonea a produrre, *ex art. 2558*, l'effetto successorio nei rapporti contrattuali aventi ad oggetto gli elementi aziendali goduti *animo alieno*. Il

tema andrà affrontato più avanti, avendo una portata sensibilmente più ampia di quella per il momento rilevante; si può però sin d'ora ribadire che, in ogni caso, se la parte usucapita non integra quantomeno la parte caratterizzante dell'attività nel suo concreto manifestarsi, la ricerca della disciplina applicanda non può che fermarsi entro i confini delle norme di diritto comune dei beni, senza che possa entrare in gioco l'operatività eventuale di altre e speciali regole; insomma, anche solo per ragioni logiche, se quel che il possesso prolungato attribuisce non è un'azienda, non è certo invocando la produzione di un effetto che proprio dall'acquisto di un'azienda potrebbe derivare che può completarsi la fattispecie acquisitiva, sul piano dell'oggetto.

Anche la complessità oggettiva dell'aggregato non influisce sulle regole dell'acquisto. Certamente, si profila il dubbio se il fatto di appartenere ad un'azienda modifichi, per certune delle sue componenti, i presupposti e i tempi di usucapibilità; ma il dubbio pare destinato ad essere fugato in senso negativo.

Un primo dato sicuro sembra quello per cui un bene di per sé insuscettibile di usucapione non lo diventa in quanto aziendale. Il tema può assumere un rilievo non marginale, in quest'ambito, a riguardo delle privative industriali, notoriamente ritenute non suscettibili di possesso e di acquisto per usucapione dai più¹⁵¹.

Un secondo dato riguarda i tempi utili per l'acquisto. Qui il dubbio è più marcato e riguarda fondamentalmente i mobili aziendali. Pur lasciando da parte le suggestioni provenienti dalla presenza di un pubblico registro, perché l'azienda non è un bene e perché quello delle imprese comunque non è un registro di aziende, bensì di fatti circolatori¹⁵², l'evocazione della logica, più ancora che del precetto tecnico, sottesa agli artt. 1156 e 1160, è comprensibile e giustifica l'interrogativo. Al di là cioè della riconducibilità dell'azienda alla famiglia delle universalità e dalla rilevanza che una simile classificazione potrebbe avere, si capisce come il senso di tali norme, con la sottrazione al principio "possesso vale titolo" di insiemi mobiliari per la loro reputata, maggiore rilevanza, possa venire in rilievo al momento di ricostruire le regole da applicare alla componente

¹⁵¹ In argomento, per tutti, A. GALATI, *Dell'usucapione*, in *Il codice civile, Commentario Schlesinger* diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2013, *sub* art. 1158, p. 43 ss., p. 47 ss.; R. SACCO – D. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, diretto da P. Schlesinger, III ed., Milano, 2014; per qualche riferimento anche F. DE MARTINO, *Del possesso*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, V ed., Bologna-Roma, 1984, *sub* art. 1140, p. 6. Interessanti anche le posizioni giurisprudenziali; da ultimo, al riguardo, Cass. 29 dicembre 2011, n. 30082.

¹⁵² Cfr. per analoga osservazione, proprio a proposito dell'inconfigurabilità dell'azienda come entità giuridica registrata, M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 760 s.; v. altresì A. MONTEL, *Note*, cit. p. 248.

mobiliare dell'azienda, anche in una visione genuinamente antiunitaria¹⁵³. Va tuttavia rilevato che non ogni collegamento tra beni comporta una rimodulazione della disciplina dell'usucapione (così nel vincolo pertinenziale¹⁵⁴). D'altra parte non ogni insieme di mobili con destinazione unitaria integra una universalità, restando anzi assai poco nitidi i contorni della figura. L'idea perciò che i mobili aziendali vadano per definizione riguardati come un insieme da assoggettare ad un regime particolare riesce poco plausibile¹⁵⁵; neppure invocando la rilevanza unitaria emergente dagli artt. 2556 ss. può pervenirsi ad un risultato di questo tipo, sempre in considerazione del fatto che essa non ha valore assoluto, ma è funzione della specifica posizione dell'azienda nelle fattispecie disciplinate, quale veicolo per la sostituzione nell'impresa.

Rimane il terzo piano di esplicazione della complessità propria dell'azienda, quello temporale. Poiché nel periodo utile per l'usucapione il possessore immette normalmente nuovi beni, è necessario stabilirne la sorte al momento dell'immissione e successivamente: se il possessore li acquisti a sé, oppure all'(ancora) titolare dell'azienda e, in questo caso, se e in quanto tempo li possa usucapire. Atteso che, tuttavia, questo tema sposta fatalmente l'attenzione sul livello delle regole dell'impresa [la gestione di un'azienda altrui attiva a questo proposito regole speciali, quando avvenga per volontà delle parti (art. 2561 s.), la cui operatività nelle ipotesi in cui il godimento del non titolare non sia voluto va dunque preliminarmente esaminata], e dal momento che le medesime questioni si pongono anche al riguardo delle vicende recuperatorie e dunque della rivendicazione d'azienda, la sua considerazione deve essere rimandata. Prima di tutto, occorre verificare se un'unità operativa possa essere oggetto di queste ultime vicende e se e come la sua vocazione produttiva incida sulle regole di innesco della relativa disciplina.

14. Si è osservato che una seconda classe di vicende, il coinvolgimento di un'azienda nelle quali può essere discusso, è rappresentata da quelle rispetto a cui un problema di specialità della

¹⁵³ E v. infatti G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 56 s.; nel medesimo senso D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., p. 23 s., e cfr. pure G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, cit., p. 147; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 95 s.

¹⁵⁴ La pertinenza mobiliare, in particolare, continua a seguire le sue proprie disposizioni, non venendo attratta alla disciplina dell'immobile principale, e quindi continua a poter essere acquistata immediatamente *ex art.* 1153, quando ne venga conseguito il possesso insieme all'immobile; cfr. sul tema O. T. SCOZZAFAVA, *Dei beni*, in *Il codice civile, Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, *sub art.* 819, p. 155 s.; A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2012, p. 234..

¹⁵⁵ Afferma che l'acquirente dell'azienda acquista *ex art.* 1153 i mobili consegnatigli dall'alienante, se ignaro del fatto che questi li aveva a sua volta acquistati con patto di riservato dominio, Cass. 6 gennaio 1979, n. 40, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1500.

fattispecie, in vista della protezione dell'interesse alla conservazione della serie imprenditoriale, può porsi solo nella misura in cui la vicenda possa operare unitariamente ed inscindibilmente sul complesso dei beni; e rispetto alle quali dunque si deve muovere alla ricerca della possibilità di una simile azione unitaria.

Come è disposto per il sequestro giudiziario (la funzione della cui norma, come si è detto, va ravvisata proprio nella possibilità di sottoporre a custodia e gestione unitaria l'aggregato produttivo, in vista della salvezza dell'impresa), così occorre verificare se sia possibile per le altre vicende, di cui la rivendicazione costituisce il modello. Recuperare attraverso un'unica procedura l'intero apparato produttivo gioverebbe, come può intuirsi, innanzitutto per evitare il rischio della sua disgregazione, inevitabile se dovessero attivarsi procedimenti separati, dall'esito e dai tempi non necessariamente coincidenti; gioverebbe poi se, per questa via, potessero recuperarsi non solo i beni originari, ma potesse tenersi conto delle variazioni intercorse *medio tempore* nella composizione dell'apparato stesso. Fattispecie dunque rilevanti a riguardo di un'azienda solo nella misura in cui una loro azione unitaria sia compatibile con il sistema normativo di riferimento.

Anche qui però, lasciata da parte l'idea che l'unità della procedura possa essere garantita dall'unità dell'oggetto, è necessario passare attraverso la complessità sul piano soggettivo e oggettivo delle plurime componenti aziendali, ponendo ciascuna di esse a confronto con la disciplina della singola procedura e dunque, nello specifico, con l'azione di rivendicazione. E' chiaro che, mentre nelle situazioni più semplici l'unità può essere meno difficilmente raggiunta, la presenza di elementi di natura diversa, su cui l'attore invochi titoli di disponibilità diversi e, non ultimo, siti in luoghi diversi può suscitare problemi, di inquadramento della pretesa (per la rivendicazione delle privative industriali¹⁵⁶, ad esempio, o per la restituzione dei beni posseduti in usufrutto¹⁵⁷), di ammissibilità stessa di un'azione diretta al recupero del bene (per quelli oggetto di detenzione)¹⁵⁸, di competenza: in definitiva, di cumulabilità e unificabilità delle azioni.

¹⁵⁶ La questione della suscettibilità delle privative ad essere oggetto di una azione di rivendicazione ai sensi dell'art. 948 c.c. è, com'è noto, dibattuta e forse risolta tendenzialmente in senso negativo: v., anche per ulteriori riferimenti, B. CARPINO, voce *Rivendicazione (azione di)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994, p. 1; F. SALARIS, *Azioni a difesa della proprietà*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 7.I, II ed., Torino, 2005, p. 803 s.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, continuato da L. Mengoni, Milano, 1995, p. 926. L'azione disciplinata nell'art. 118 c.p.i., portante il medesimo nome, ha una funzione diversa e più limitata.

¹⁵⁷ O posseduti ad altro titolo, diverso dalla proprietà: sui rapporti con l'azione di rivendicazione disegnata dall'art. 948, A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 929 s.

¹⁵⁸ Sul problema della azionabilità di una pretesa restitutoria nei confronti del terzo, da parte del conduttore del bene, v. per tutti [V. CUFFARO] – R. CALVO – [A. CIATTI], *Della locazione*, in *Il codice civile, Commentario Schlesinger*,

Si tratta dunque di interrogativi che non sono dispiegabili sul piano della natura sostanziale dell'unità produttiva, ma che si sviluppano fundamentalmente su quello dell'individuazione degli strumenti di tutela e processuale. Non c'è dubbio che la presenza di una norma quale è l'art. 670 c.p.c. solleciti a vagliare con la massima apertura possibile le soluzioni suscettibili di assicurare l'integrità dell'apparato aziendale, ma la ricerca esce qui dai confini del diritto commerciale e va affidata, per rispetto delle specifiche competenze, allo studioso della materia processualistica; e così accade, all'evidenza, per ciascuna delle altre vicende ad azione unitaria, in cui il tema della sussumibilità dell'azienda a loro oggetto può concepirsi, come per il pignoramento e l'esecuzione.

Resta acquisito, peraltro, il dato della non formulabilità di soluzioni negative in astratto; è cioè solo alla luce della concreta composizione dell'azienda che potrebbe eventualmente rendersi non proponibile un'azione recuperatoria unitaria. Il che consente di riconoscere, viceversa, l'esistenza di spazi per una tale azione, la quale sarà configurabile come avente ad oggetto un'azienda ogniqualvolta investa il complesso produttivo nella sua interezza o almeno la parte del medesimo che caratterizza l'attività nel suo specifico manifestarsi. Ciò permette conseguentemente, rivenendo al diritto dell'impresa, di passare al secondo livello su cui il tema si sviluppa; su cui le due classi di vicende sopra individuate tornano ad essere accomunate dallo stesso ordine di interrogativi: se i loro effetti riguardino o no l'azienda nella composizione mutata che essa ha assunto nel tempo e se esse siano da riguardare come vicende producenti una continuazione della serie imprenditoriale, tali da attivare (in parte, in tutto) la disciplina speciale prevista per la circolazione dell'azienda.

15. Ogni unità operativa è, per definizione, un complesso a composizione variabile nella dimensione temporale. Mentre tuttavia nelle vicende traslative più comuni questo carattere non gioca alcun ruolo, in quanto si tratta di fatti a rilievo istantaneo (che cioè prendono in considerazione l'azienda per quel che essa è nel solo momento in cui sono destinati ad esplicare i loro effetti), vicende quali l'usucapione e la rivendicazione costringono a tenerne conto: nell'un caso perché il decorso del tempo è elemento della stessa fattispecie acquisitiva, nell'altro perché è l'antecedente di fatto dell'azione recuperatoria. In entrambe le ipotesi, cioè, l'effetto utile (il conseguimento della titolarità, la reintegrazione nella disponibilità materiale) si produce a distanza di tempo da un momento per così dire di partenza della vicenda, in cui l'azienda esisteva e rispetto al quale dunque non può trascurarsi l'eventualità più che probabile che si siano verificati mutamenti

diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2014, *sub* art. 1586, p. 189 ss.; G. PROVERA, *Locazione*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1980, *sub* art. 1585, p. 247 ss. (su posizioni conservatrici); in giurisprudenza Cass. 22 febbraio 1996, n. 1411.

nell'assortimento dei beni che la compongono. L'azienda come si profila all'epoca dell'usucapione (a prescindere qui dal problema dell'individuazione del momento in cui, posti i possibili, diversi tempi di acquisto dei singoli beni, potrà dirsi usucapito un aggregato complessivamente qualificabile come azienda: momento che, per inciso, andrà individuato in quello in cui si compie e completa l'acquisto della parte caratterizzante dell'unità operativa¹⁵⁹) è diversa da quella che il possessore aveva cominciato a gestire; l'azienda esistente nel tempo in cui viene promossa l'azione di rivendicazione e poi al momento della restituzione è diversa da quella che il possessore privo di titolo aveva cominciato ad usurpare.

Le due vicende sono accomunate, sotto questo profilo, dal fatto che, nell'arco temporale rilevante, l'azienda è sottoposta alla gestione di un soggetto diverso dal suo titolare. E' questa circostanza a generare gli interrogativi che attorno ad esse si agitano: declinando il tema sul piano proprietario, si tratta invero di stabilire nella sfera giuridica di chi vada a collocarsi la titolarità dei beni di volta in volta immessi nel complesso dal terzo-gestore *pro tempore*; e dunque poi se, rispettivamente, essa già competa all'usucapiente o se egli la debba e possa acquistare per usucapione (e a che condizioni), e se il rivendicante la possa o no rivendicare con gli altri beni dell'azienda.

Il tema rimanda immediatamente all'unica fattispecie di gestione di azienda altrui che (tralasciando il caso del sequestro giudiziario, tutt'affatto peculiare e comunque non disciplinato dal punto di vista delle regole sostanziali) riceve nell'ordinamento un trattamento espresso: l'usufrutto (e l'affitto, per rinvio). Ove il dovere di gestione, il divieto di modificare la destinazione del complesso, l'obbligo di conservazione dell'efficienza organizzativa e il principio della regolazione in denaro delle differenze tra le consistenze d'inventario (art. 2561 c.c.) formano un sistema regolamentare speciale di comprensibile fondamento e di significativa rilevanza. E' dunque senz'altro da questo sistema che occorre muovere, al fine di ricostruire la disciplina delle altre vicende di gestione dell'azienda altrui.

E' però prima di tutto necessario mettere a fuoco con maggiore accuratezza la stessa fattispecie rilevante.

E' abbastanza facilmente intuibile, innanzitutto, che gestore di un'azienda altrui non è chi assembli beni di diversa provenienza e neppure beni della medesima provenienza, in una unità

¹⁵⁹ L'argomento è toccato da G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 57, il quale, in una prospettiva antiunitaria, ma attenta alla mera, generale attitudine produttiva, e non già alla contestualizzazione relazionale e di mercato del complesso, afferma possa dirsi usucapita un'azienda, quando siano stati usucapiti tali e tanti beni quanti bastano a costituirne una.

operativa di propria costituzione: affinché possa configurarsi una alterità tra il soggetto titolare e l'utilizzatore di un'azienda, cioè. occorre non solo che i beni non appartengano a quest'ultimo, ma anche che il fatto dell'organizzazione preesista all'utilizzazione da parte di lui. E' necessario, inoltre, che sia identificabile un titolare dell'azienda in quanto tale, il che richiede che lo stesso fatto dell'organizzazione sia (stato) compiuto da chi disponeva di un titolo giuridico idoneo di godimento in relazione a ciascuno dei beni aggregati (o quantomeno alla parte di essi caratterizzante l'unità, nei termini più volte enunciati) o che comunque il complesso si sia trovato, anche in un momento successivo, nella disponibilità unitaria di un soggetto avente titolo su ciascuno dei beni stessi (o almeno su quelli caratterizzanti); in altre parole, non è titolare d'azienda chi aggrega elementi non propri e rispetto ai quali sia privo di diritti¹⁶⁰; poiché la nozione di azienda altrui è formata da una relazione di alterità tra due soggetti, essa non è integrabile quando non sia individuabile uno (il primo) dei termini della relazione.

¹⁶⁰ Non pare dunque condivisibile l'idea, talvolta enunciata quale ipotesi estrema dimostrativa della irrilevanza dell'appartenenza dei beni all'imprenditore a titolo di proprietà, della configurabilità di un'azienda anche quando il complesso impiegato sia composto tutto da *res furtivae* (P. SPADA, *Lezione sull'azienda*, cit., p. 51). Anche questo assunto è frutto dell'equivoco in cui si cade esplorando il fenomeno esclusivamente nella sua dimensione "reale": dimensione nella quale la produttività dell'aggregato, emergendo come caratteristica di fatto del medesimo, può essere senz'altro riconosciuta come conseguente al solo dato, anch'esso di fatto, dell'organizzazione e dunque come presente a prescindere dalla sussistenza di qualsivoglia titolo giuridico di disponibilità dei beni a favore del loro utilizzatore. Se però ci si porta sul piano della circolazione dell'azienda e vi si guarda dalla prospettiva dell'impresa, la questione assume un altro aspetto. Appare in effetti plausibile sostenere che nessuno dei principi consacrati nell'art. 2561 ha ragione di operare con riguardo ad una "azienda" di questo genere; nello specifico, per quanto qui più da vicino interessa, non avrebbe ragione di operare la regola – di cui si dirà – per cui il concessionario ha il potere di disporre dei beni aziendali, né quella – sulla quale in particolare ci si dovrà soffermare – per cui i beni da lui immessi nell'esercizio dell'attività sono automaticamente acquistati in proprietà al concedente. L'inapplicabilità di tali principi si ricollega in effetti ad un problema che si situa a monte: la cessione/concessione di un aggregato di beni usurpati non è idonea a veicolare lo spazio d'impresa, non consente cioè all'acquirente/concessionario di proseguire la serie imprenditoriale; che di fatto la consegna materiale dei beni permetta a quest'ultimo di "tirare avanti" non rileva in alcun modo, dal momento che la continuazione dell'attività, nei termini ormai noti, non dipende da lui ed è destinata ad interrompersi con l'evizione e il recupero dei beni stessi da parte dei rispettivi proprietari, il che pone seri dubbi circa l'applicabilità non solo dell'art. 2561, ma di tutta la disciplina speciale.

Costituirebbe un caso a sé l'ipotesi in cui, essendo la parte caratterizzante dell'unità operativa composta da beni mobili, l'acquirente potesse vantare l'acquisto immediato *ex art. 1153 (v. supra, par. 13)*: caso in cui potrebbe divenire ragionevole l'applicazione di tale disciplina (con il sorgere del divieto di concorrenza in capo al cedente e il subentro del cessionario nei rapporti facenti capo al primo), combinandosi così l'effetto acquisitivo a titolo originario con effetti riconducibili all'atto derivativo.

Così identificato l'oggetto (l'azienda altrui), resta da definire il fatto (la gestione), cui è riferibile la disciplina dell'art. 2561. Nuovamente, non si tratta di regole riguardabili dal punto di vista del bene, bensì dell'impresa, finalizzate dunque alla conservazione dell'unità operativa non in quanto tale, ma come strumento di continuità della serie imprenditoriale. Il fenomeno disciplinato è anche qui non già una vicenda circolatoria, ma un fatto d'impresa, che giustifica l'attivazione dei meccanismi pubblicitari previsti dall'art. 2556 e di subentro nelle relazioni economiche, nei termini e nei limiti stabiliti negli artt. 2558 s. e 2112, e in relazione al quale vanno letti altresì i doveri e poteri di gestione. Al pari che nelle vicende traslative, pure in queste ipotesi non è perciò la concessione in godimento di un qualsiasi complesso dotato di una astratta vocazione produttiva a sollecitare l'applicazione della disciplina speciale, ma solo la concessione di un insieme di beni servente una concreta attività, come contestualizzata e definita sotto il profilo relazionale di mercato, e che dunque assicuri all'usufruttuario/affittuario la possibilità di proseguire la serie imprenditoriale, la continuità della quale colora causalmente la vicenda negoziale costituendo, in luogo dell'azienda, il vero cuore nevralgico del fenomeno. E' in questa prospettiva che, come si era accennato, può trovare piena e coerente collocazione, tra l'altro, la disposizione contenuta nell'art. 1, co. 9-*septies*, d.l. 12/1985, la quale non introduce una specialità di secondo livello, ma esprime la generale nozione della fattispecie che veniamo esaminando.

I precetti dell'art. 2561 vanno in conclusione inquadrati in un fatto che coinvolge l'impresa, per così dire, prima che l'azienda, ed è sulla base di questa premessa che il raffronto tra la vicenda ivi regolata (la gestione altrui per concessione) e quelle che ci occupano (la gestione altrui per usurpazione, se si vuol usare questo termine) va compiuto. La semplice utilizzazione, da parte di un terzo non legittimato, di beni pur aventi una generica capacità produttiva, dunque, non è fatto idoneo a suscitare alcun problema di operabilità di regole speciali e, quanto alla sorte degli elementi immessi nell'aggregato dal terzo stesso, va trattato in completa aderenza al diritto comune dei beni, integrando una fattispecie di mero possesso di una pluralità di cose.

Sarebbe la prosecuzione di una serie imprenditoriale che potrebbe attivare invece un regime attributivo affatto peculiare. Prima di verificare però se, nella gestione per usurpazione, possa configurarsi un simile fatto di prosecuzione e se ciò basti a richiamare tale regime, è necessario esaminare quest'ultimo più da vicino, per la parte che potrebbe rilevare nei casi in discussione.

Ora, è pacifico che il dovere di gestione e di conservazione dell'efficienza organizzativa implica parallelamente il riconoscimento, in capo all'usufruttuario/affittuario, di un potere di disposizione

sui beni aziendali¹⁶¹, non limitato esclusivamente al c.d. capitale circolante, ma esteso altresì al capitale fisso e dunque ai beni strumentali¹⁶². In realtà, già sotto questo profilo, nel codificare i principi regolatori della materia l'art. 2561 mostra un difetto eccessivo di determinatezza (o un eccesso di semplicismo), alla luce della complessità che una struttura aziendale può assumere e della varietà tipologica delle modifiche (materiali, di titolo giuridico, dimensionali) apportabili dal terzo utilizzatore; una indeterminatezza cui non sembra possibile porre rimedio attingendo alla disciplina delle addizioni e dei miglioramenti contenuta nel terzo libro del codice, per le ragioni più volte esposte: non per difendere una ideologica contrapposizione tra norme del diritto privato comune e disciplina dell'azienda, ma perché le dinamiche sottese e conseguentemente le funzioni assolate dalle une e dall'altra si rivelano non comunicanti.

Molti degli interrogativi suscitati da questi principi attengono comunque o ai beni in uscita (quali limiti il terzo utilizzatore incontri nel disporre dei beni affidatigli) o al rapporto interno con il concedente (fino a che punto questi sia tenuto ad accettare gli interventi modificativi operati dall'usufruttuario/affittuario) e possono essere dunque qui lasciati da parte, essendo sufficiente affermare, in via di prima approssimazione, che, se il vincolo di immodificabilità della destinazione funge senz'altro solo da limite esterno ai poteri dell'utilizzatore, il criterio di conservazione dell'efficienza organizzativa funge più incisivamente da presupposto interno di legittimità dell'atto di esercizio dei medesimi: non cioè tutto ciò che lascia inalterata la destinazione è permesso, ma solo ciò che è strumentale al mantenimento della funzionalità dell'unità operativa¹⁶³ (sicché, immaginando il caso forse più estremo, l'usufruttuario non potrebbe alienare l'immobile presso cui l'attività è esercitata, sostituendolo con un altro, solo perché la contiguità tra i locali non pregiudicherebbe la destinazione e la collocazione relazionale dell'azienda).

Quanto alla sorte dei beni in ingresso – il punto cruciale ai nostri fini –, il pacchetto disciplinare tessuto dall'art. 2561 lascia intravedere, pur non esplicitandolo, un principio di attribuzione degli

¹⁶¹ Si tratterebbe secondo l'orientamento prevalente (e condivisibile) di un potere di disporre di beni di proprietà altrui (del concedente, mentre eguale potere non sussiste, va da sé, per i beni aziendali di proprietà di terzi): per tutti G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 224 ss.; F. FERRARA jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 394 ss. Ritieni invece che l'usufruttuario divenga proprietario dell'attivo circolante M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 816 ss.

¹⁶² Su quest'ultimo aspetto G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 235 s.; R. TOMMASINI, *Contributo*, cit., p. 187 ss.; G. FERRARI, voce "Azienda", cit., p. 736; A. DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, cit., p. 241 ss.; F. PADOVINI, *La titolarità delle scorte al termine dell'affitto d'azienda*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, II, p. 203; G. U. TEDESCHI, *L'azienda*, cit., p. 125; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 299; G. BONFANTE – G. COTTINO, *L'imprenditore*, cit., p. 656.

¹⁶³ Sul problema dei parametri di legittimità degli atti dispositivi, in generale, v. G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 231 ss.

stessi al titolare dell'azienda¹⁶⁴: la disposizione sulla regolazione in denaro delle consistenze d'inventario suppone infatti che i beni presenti al momento della restituzione siano da considerare di proprietà del concedente; e se è possibile ravvisarvi una regola generale e non già limitata al solo magazzino¹⁶⁵, pur nell'approccio esageratamente semplificato che la norma manifesta, anche i beni strumentali introdotti dall'utilizzatore debbono essere considerati parte ormai integrante dell'azienda e in quanto tali inclusi nella restituzione perché, dal punto di vista proprietario, appartenenti non all'utilizzatore transitorio, ma al titolare dell'azienda stessa. Il principio è particolarmente significativo e conferma il fatto che la disciplina, avendo come faro l'impresa e il suo svolgimento, si accosta al fenomeno e al problema lasciando le implicazioni della vicenda sotto il profilo materiale per così dire in secondo piano, o, meglio, invertendo l'ordine dei fattori, rispetto a quello che ci si attenderebbe nella regolazione di una vicenda meramente attributiva: qui è l'azienda che segue l'impresa, e la titolarità dei beni vi si adegua nella conformazione che il complesso assume al termine del rapporto. Il confronto con l'approccio seguito invece negli artt. 985 ss. c.c. (come in altri corpi normativi del terzo libro), analitico e attento precisamente alla consistenza del bene e a tutte le possibili varianti alla medesima apportate dal terzo, è eloquente.

Sul piano della ricostruzione dei meccanismi giuridici per mezzo dei quali si attua questa attribuzione, può discutersi se l'atto di concessione in godimento dia vita ad un mandato senza rappresentanza, se la fonte di questo vada ravvisata nella legge o se questa possa dirsi riflettere una corrispondente volontà negoziale, oppure se venga innescata *ex lege* una vicenda traslativa diversamente inquadrabile. Sembra invece sicuramente plausibile affermare che i beni immessi vengono acquisiti dal titolare dell'azienda di volta in volta¹⁶⁶, al momento e con il fatto dell'immissione¹⁶⁷ (fermo il potere di disposizione in capo all'utilizzatore, nei medesimi termini e misura che sui beni originari, fino alla restituzione).

E' quest'ultimo dato che induce il confronto tra le fattispecie della gestione per concessione e quelle della gestione per usurpazione.

¹⁶⁴ Cfr. G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 237; F. PADOVINI, *La titolarità delle scorte*, cit., p. 203 ss.; G. U. TEDESCHI, *L'azienda*, cit., p. 111; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 300. In giurisprudenza, Cass. 10 febbraio 1968, n. 455 e, più recentemente, Trib. Trieste, 19-20 febbraio 2002, inedita, segnalata da Padovini (op. cit., p. 205).

¹⁶⁵ Così, correttamente, F. PADOVINI, *La titolarità delle scorte*, cit., p. 204.

¹⁶⁶ Così anche G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 237; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 300.

¹⁶⁷ L'alternativa sarebbe quella di assumere che *medio tempore* tutti i beni immessi restino di proprietà del terzo utilizzatore e che si verifichi una sorta di trasferimento di massa al momento della restituzione; alternativa peraltro poco plausibile, da un punto di vista sistematico e ricostruttivo.

L'applicazione a queste seconde del principio di acquisizione al titolare legittimerebbe il rivendicante a recuperare come propri anche i beni immessi dal possessore privo di titolo; e imporrebbe a costui di passare attraverso l'acquisto per usucapione anche dei beni da lui stesso immessi, con l'ulteriore problema, allora, di determinare il periodo temporale necessario per il perfezionamento della fattispecie in relazione a ciascuno di essi.

Le due tipologie di accadimenti presentano per la verità un'evidente, non omettibile differenza, nelle une dipendendo l'affidamento dei beni in gestione e l'immissione nella serie imprenditoriale da una volontà negoziale, che nelle altre non è presente. Se dunque non è una caratteristica dell'oggetto della vicenda a determinare la specialità della disciplina, bensì il fatto della continuazione di un'impresa, si rende necessario valutare se e fino a che punto un fatto di questo tenore possa dirsi integrato anche quando non si dia vita ad un'operazione volontaria di avvicendamento tra soggetti nella conduzione dell'attività, ma vi sia (semplicemente?) una non autorizzata utilizzazione dei beni che erano a servizio di quella svolta dal titolare legittimo¹⁶⁸.

Il punto è sottile, ma decisivo. Si è sottolineato come non possa profilarsi tecnicamente una successione tra attività e come dunque le imprese esercitate dal dante e dall'avente causa, in tutte le ipotesi circolatorie considerate dagli artt. 2556 ss., restino tra loro senz'altro giuridicamente indipendenti; come sia la legge a generare un parziale collegamento tra le medesime (riconoscendo opportuna un'informazione al mercato, movimentando i rapporti imprenditoriali in modo da assecondare gli interessi dei diversi *stakeholders* implicati al loro incardinamento nell'impresa ecc.), coerente con la funzione economica che la stessa legge registra essere propria dell'operazione pianificata dalle parti. Ciò è vero anche nel caso dell'attribuzione in godimento: l'impresa dell'usufruttuario/affittuario non è in alcun modo identificabile per derivazione con quella iniziata dal concedente, e così quella riavviata dal primo al termine del rapporto resta giuridicamente e indiscutibilmente distinta da questa seconda, senonché la legge disegna una disciplina in aderenza alla connessione economica tra di esse riflessa nel programma negoziale. Che dunque in una gestione per usurpazione dell'azienda altrui possa tracciarsi un analogo collegamento tra le autonome attività del titolare legittimo e del terzo utilizzatore è da vedere, mancando qui il fondamento di un programma economico connettivo.

L'esito del confronto non deve essere tuttavia necessariamente negativo.

La giurisprudenza, pur non constando precedenti in cui la riflessione sia impostata in questi termini, ha avvertito l'esigenza di valutare l'applicabilità della disciplina speciale anche al

¹⁶⁸ Nel senso della non invocabilità proprio dell'art. 2561, nei casi di utilizzazione dell'azienda per atto illegittimo del terzo usurpatore, D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., p. 171.

verificarsi di fatti attributivi dell'azienda non direttamente espressivi di una volontà contrattuale, diversi dunque dai soli testualmente regolati dagli artt. 2556 ss. Si registra in particolare l'assunto dell'operatività a trecentosessanta gradi delle norme qualificate inderogabili (gli artt. 2112 e 2560), che agirebbero per esempio nel caso della risoluzione del contratto di affitto o di cessione dell'azienda per inadempimento del conduttore¹⁶⁹ e, rispettivamente, dell'acquirente¹⁷⁰; come anche la pur più restrittiva affermazione dell'applicabilità delle norme qualificate suppletive (gli artt. 2557 e 2558) a tutte (e sole, però) le vicende fisiologiche quali la restituzione dell'azienda per il decorso del termine del rapporto d'affitto¹⁷¹. I due orientamenti riflettono le linee portanti del tema. Il primo assunto pare reggersi sul riconoscimento dell'indisponibilità dell'effetto legale e sulla già rilevata idea che il debito e il rapporto di lavoro, per ragioni di garanzia e di tutela del terzo, debbano seguire l'azienda in ogni suo spostamento; è cioè un argomento che si sviluppa nella prospettiva del bene e che lega le norme alla specialità dell'oggetto; perciò inaccettabile. La seconda affermazione poggia, nella prospettiva seguita dalle Corti, sul fatto che la vicenda restitutoria sarebbe comunque riconducibile, in quanto epilogo naturale pronosticato, alla volontà delle parti, manifestata con l'originaria concessione in godimento, il che legittimerebbe l'operatività delle due disposizioni¹⁷². Il

¹⁶⁹ Cass. 20 aprile 1985, n. 2644.

¹⁷⁰ Cass. 2 dicembre 1985, n. 6034; Trib. Perugia, 25 giugno 1997, in *Rass. giur. umbra*, 1998, p. 373.

¹⁷¹ Cfr. Cass. 16 giugno 2004, n. 11318; Cass. 20 dicembre 1991, n. 13762; nonché Cass. 7 novembre 2003, n. 16724 e già Cass. 29 gennaio 1979, n. 632, in *Foro it.*, 1979, I, c. 1818, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1488 (con nota di A. DI AMATO, *Trasferimento non negoziale dell'azienda e successione nei contratti*), in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, p. 145 (con nota di F. CHIOMENTI, *Se l'art. 2558 primo comma cod. civ. sia applicabile nella ipotesi di risoluzione del contratto di affitto di azienda*); Trib. Milano, 3 marzo 2008, in *Giur. it.*, 2009, p. 393.

¹⁷² Le ragioni di questa ricostruzione si legano proprio alla diversa natura che si ascrive agli artt. 2558 e 2557, rispetto agli artt. 2112 e 2560; il primo in particolare, potendo la successione nei contratti essere esclusa dalle parti, presupporrebbe per la sua operatività che si verifici un fatto restitutorio dalle medesime contemplato e rispetto al quale dunque esse abbiano potuto preventivamente decidere della sorte dei contratti (di qui l'applicabilità al caso della restituzione dell'azienda al termine naturale del rapporto), mentre al cospetto di vicende non espressamente previste (come la risoluzione anticipata del rapporto stesso, per inadempimento del conduttore) e rispetto alle quali pertanto sarebbe mancata la possibilità di esercitare una simile opzione, la norma rimarrebbe inattiva (tra i provvedimenti sopra citati cfr. in particolare Cass. 7 novembre 2003, n. 16724 e Cass. 29 gennaio 1979, n. 632, cui *adde* Cass. 23 settembre 2015, n. 18805). La distinzione non varrebbe invece per le disposizioni inderogabili, suscettibili di operare in ogni caso (l'art. 2112, mentre l'art. 2560, fuori gioco per definizione nel caso dell'affitto, potrebbe operare nella risoluzione della compravendita). Al di là di quel che si sta per osservare nel testo e nella nota successiva, a proposito della giustezza del criterio fondato sulla pronosticabilità negoziale della vicenda, la distinzione propugnata da queste sentenze, a proposito dell'art. 2558, appare fragilissima anche in se stessa, in quanto non è l'evento come tale (la reimmissione del concedente nella disponibilità dell'azienda) a rimanere estraneo alla portata previsionale del negozio d'affitto quando

quadro complessivo che ne emerge spezza il sistema normativo, tracciando due aree di operatività diverse per i due sottogruppi di regole e delineando per ciascuno di essi una distinta fattispecie di partenza, sulla scorta di una ricognizione degli interessi sottesi che in realtà finisce per mistificarne alcuni e svalutarne altri. La seconda intuizione merita però un approfondimento, ancorché la prospettiva vada ricalibrata.

Se le esigenze sottese all'assunto sono, con ogni evidenza, quelle di salvaguardare l'interesse del soggetto che recupera l'azienda ad essere reimmesso in una situazione che gli consenta il riesercizio dell'impresa, e dei terzi titolari di relazioni commerciali a mantenerle radicate nell'alveo di svolgimento dell'attività, al verificarsi di eventi non strettamente negoziali, ma pur sempre collegati a una vicenda economica originaria di sostituzione nella serie imprenditoriale, è su questa circostanza di fatto e non sull'aspetto volontaristico che si deve porre l'accento. Il principio che ne consegue potrebbe essere formulato in questi termini: ogniqualvolta l'apprensione dell'azienda da parte di un nuovo soggetto avvenga in attuazione o nel quadro di un'operazione apprezzabile dal punto di vista economico come diretta alla sostituzione al vertice dell'impresa, a prescindere dal fatto che essa sia sorretta o no da una valida volontà negoziale (come nel caso dell'immissione dell'acquirente nel possesso in esecuzione di un atto traslativo invalido) o che essa sia giuridicamente riferibile alla volontà del dante causa (come nel caso di trasferimento per *falsus procurator*), si verifica una gestione di azienda altrui riguardabile come fatto dell'impresa e soggetta dunque, nei limiti della compatibilità, ai principi della relativa disciplina speciale¹⁷³.

esso segua alla risoluzione per inadempimento, ma solo il tempo del suo verificarsi; il che dovrebbe indurre ad una maggiore cautela prima di sbarrare in blocco la strada al subentro del concedente nei rapporti in corso di esecuzione, sbarramento che potrebbe tra l'altro pregiudicare il suo stesso interesse a riconseguire un complesso conservante appieno la propria attitudine produttiva (per rimanere sul piano della consistenza dell'oggetto, caro all'impostazione classica e giurisprudenziale); cfr. sul punto, per una considerazione non dissimile, A. DI AMATO, *Trasferimento non negoziale*, cit., p. 1495. A proposito, più in generale, dell'applicabilità della disposizione alle vicende restitutorie, mentre la nega in assoluto F. CHIOMENTI, *Se l'art. 2558*, cit. p. 145 ss., in senso opposto si esprimono ad esempio G. C. M. RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973, p. 122 ss.; F. FERRARA jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 415 s.; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 820 s.

¹⁷³ Contro questa impostazione e contro l'operatività in particolare dell'art. 2558 (e 2557) a prescindere dalla riconducibilità della vicenda ad una valida volontà negoziale non sembra potersi avanzare l'argomento, caro alla giurisprudenza (*supra*, nota precedente), per cui questa disposizione, in quanto fondata sulla presumibile volontà delle parti di trasferire i rapporti contrattuali, presupporrebbe la realizzazione di una vicenda in relazione alla quale le medesime abbiano potuto esercitare la scelta se far circolare o no tali rapporti; l'argomento poggia tutto sul fatto che l'art. 2558 avrebbe come unico riferimento l'interesse del destinatario dell'azienda a (valutare e decidere se) acquisirne le relazioni commerciali, mentre nessun rilievo avrebbe l'interesse del terzo alla prosecuzione del rapporto con chi

E', se si vuole, il *fatto* della consegna dell'azienda a qualificare la fattispecie. E esso fa sì che ciò che sarebbe da trattare quale semplice giustapposizione tra due attività, aventi in comune la sola circostanza accidentale dell'essere esercitate impiegando i medesimi beni, venga ad integrare invece un fenomeno di prosecuzione della serie sotto il profilo economico-sociale, costituendo la seconda impresa come ideale continuazione della prima. Il trattamento giuridico della vicenda può allora rifletterne il contenuto economico e operare di conseguenza, intervenendo sull'azienda, sulla sua titolarità e mutevole composizione, in aderenza a questo contenuto; anche qui, mettendo a fuoco come nucleo caratterizzante della vicenda il fatto d'impresa e disciplinando le sorti dell'unità produttiva e delle sue componenti non secondo i principi e le logiche propri del diritto dei beni, ma in modo da assicurare nel tempo il permanente esercizio dell'attività. Come dunque nelle fattispecie della gestione di azienda altrui per concessione l'unità nella titolarità dei diritti di godimento dei relativi beni, garantita dalle sopra illustrate regole di attribuzione degli elementi immessi dal terzo utilizzatore, è funzione (non di un particolare ossequio ad una qualità speciale dell'oggetto, ma) della mantenibilità della serie imprenditoriale, così nelle ipotesi di gestione per usurpazione le stesse regole possono venire richiamate per la corrispondente riscontrabilità, all'origine, di un fatto economico di analogo tenore, che richiede, in vista della sua reversibilità, la loro applicazione.

E' possibile perciò al rivendicante recuperare, invocandone la proprietà, anche i beni immessi in azienda dal possessore privo di titolo, nella stessa misura in cui al concedente in usufrutto o in affitto spettano gli elementi nuovi, e negli stessi termini e condizioni a cui sono recuperabili i beni già originariamente suoi¹⁷⁴. Specularmente, il possessore, non mantenendo la proprietà degli

disponga degli strumenti per la sua esecuzione. Non c'è dubbio che la disposizione chiarisca e completi la volontà negoziale diretta alla produzione dell'effetto sostitutivo nella serie imprenditoriale, nei termini a suo tempo illustrati; ma questo non significa che essa sia da ricondurre al sistema degli artt. 1362 ss. c.c., quale norma avente funzione di mera interpretazione di un negozio, e che dunque non si regga in assenza di una volontà negoziale; al contrario, essa asseconda il *fatto* della prosecuzione nella serie imprenditoriale, tra l'altro non solo nell'interesse dell'acquirente, ma anche in quello dei terzi contraenti, e la circostanza che le parti della vicenda attributiva possano derogarvi implica soltanto che ad esse è lecito conferire maggiore o minore pienezza a questo fatto, senza che l'interesse del terzo valga a comprometterne l'autonomia. La sua attitudine ad operare (assieme al restante *corpus* normativo speciale) anche in vicende non riconducibili ad una valida volontà negoziale può essere dunque senza contraddizioni predicata.

¹⁷⁴ Come si è ricordato, la rivendicabilità di tali beni è negata da D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., p. 171 s.; in senso opposto, in applicazione proprio del principio contenuto nell'art. 2561, M. CASANOVA, *Rivendicazione*, cit., p. 326; ricorre invece ai principi in tema di miglioramenti e addizioni, e in particolare all'art. 1150, G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 306 s.; cfr. anche F. FERRARA jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 442 s.

elementi immessi, perduta proprio con la materiale destinazione all'impresa, la può riacquistare solo per mezzo di un possesso continuato¹⁷⁵ idoneo a realizzare l'usucapione.

16. Sulla scia di quanto sin qui si è osservato, va posto l'ultimo dei quesiti suscitati dalle vicende prese a modello: se e in che misura esse sollecitino l'applicazione della disciplina speciale predisposta per la circolazione dell'azienda. Il principio codificato nell'art. 2561 costituisce una parte di questa disciplina; il discorso va dunque adesso allargato alle altre sue porzioni: al divieto di concorrenza e alla sorte delle relazioni imprenditoriali specialmente, se sulla questione dell'iscrivibilità nel registro delle imprese pende l'impedimento rappresentato dal principio di tassatività dei fatti registrabili¹⁷⁶.

Va da sé che il fatto in sé dell'apprensione dell'azienda da parte del possessore privo di titolo non è accadimento idoneo a richiamare alcuna parte di questa disciplina: esso costituisce l'antecedente logico che permette, stante la precarietà del suo possesso, di garantire il mantenimento dell'unità nella titolarità dell'aggregato aziendale, in vista del possibile, successivo recupero da parte del proprietario, ma per il resto non può essere equiparato ad una sostituzione legittima nella serie imprenditoriale, tale da attivare i meccanismi protettivi (art. 2557), successori (art. 2558, 2112) e neppure di responsabilità (art. 2560) propri delle vicende circolatorie.

E' semmai rispetto al fatto e al momento della rivendicazione o dell'usucapione che del tema si deve discutere.

Gli interrogativi si fanno interessanti e di una certa rilevanza applicativa: se l'originario titolare dell'azienda, ormai perdutala, debba astenersi dal competere con l'usucapiente, e soprattutto se un divieto di concorrenza gravi sul convenuto soccombente in rivendica; se i rapporti imprenditoriali instaurati dal primo e ancora in essere si trasmettano finalmente al secondo e se quelli invece instaurati dal terzo siano acquisiti dal rivendicante.

Qui, però, le due fattispecie sembrano dover ricevere un trattamento differenziato.

E' chiaro innanzitutto che la ricostruzione di questo non può avvenire "a pacchetto", assumendo l'applicazione o la disapplicazione dell'intero corpo disciplinare per deduzione da una certa qualificazione della vicenda quale accadimento accostabile o non accostabile per funzione

¹⁷⁵ E probabilmente l'eventuale periodo di possesso da parte sua, anteriore alla destinazione all'impresa, non potrebbe cumularsi con quello successivo.

¹⁷⁶ Su quest'ultimo argomento, con riguardo alla rivendicazione, G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 305, e, con riferimento al provvedimento di sequestro giudiziario emesso *ex art. 670 c.p.c.*, p. 300 s.; v. anche F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 377; ma nel senso dell'iscrivibilità della domanda di rivendicazione o almeno della sentenza che eventualmente l'accoglia, M. CASANOVA, *Rivendicazione*, cit., p. 327 s.

economica ai fatti circolatori direttamente contemplati negli artt. 2555 ss. Occorre piuttosto procedere per singolo precetto normativo e per gradi di compatibilità della specifica fattispecie rispetto alla singola finalità dal medesimo perseguita.

Quanto all'usucapione, spazio non sembra esservi in primo luogo per porre a carico del proprietario originario alcun divieto di concorrenza. Le ragioni sono intuitive e dipendono dal fatto che tale divieto, come si era osservato, discende eminentemente dalla volontà negoziale di sostituzione nella serie imprenditoriale; assente questa volontà, non può che risultare inconfigurabile anche il divieto¹⁷⁷.

La conclusione è negativa peraltro pure per le norme successorie e di responsabilità. Al di là del fatto che il decorso del tempo resosi necessario per l'usucapione, in costanza della gestione del terzo, avrà di regola portato naturalmente ad esaurimento ogni rapporto patrimoniale instaurato in passato dal titolare originario¹⁷⁸, resta la considerazione generale per cui comunque non si profilano, al momento dell'usucapione, gli interessi del mercato e dei terzi, che fondano tali norme. Non è infatti ravvisabile in questo momento una continuazione dell'impresa, dal primo proprietario all'usucapiente, ma, anzi, una netta cesura, consumata dal tempo trascorso a partire dall'apprensione dell'azienda da parte di quest'ultimo e dall'inizio dell'esercizio dell'attività da parte sua. Il che esclude la richiamabilità anche di questo segmento della disciplina¹⁷⁹.

La fattispecie della rivendicazione merita invece altre considerazioni. Per esprimersi in termini economici, qui il soggetto agente rivendica il diritto a rientrare nell'esercizio di un'impresa che gli era stata usurpata; la sua tutela e le esigenze dei terzi interlocutori chiedono ben diversa attenzione.

E' necessario peraltro ribadire preliminarmente i presupposti qualificanti la domanda, cioè le condizioni in presenza delle quali soltanto un'azione diretta al recupero di un aggregato di beni avente capacità produttiva è idoneo a porre il problema della sollecitazione della disciplina speciale. Non basta infatti dequalificare *a priori*, quale mera azione recuperatoria di una somma disarticolata di cose, quella avente ad oggetto un insieme di elementi privi di qualsivoglia radicamento in un concreto contesto relazionale di mercato (e sia pur genericamente produttivi); l'esercizio dell'attività da parte del possessore privo di titolo (la gestione dell'azienda altrui, che dunque così presenta senz'altro quel radicamento) non è sufficiente a portare la vicenda entro il perimetro della

¹⁷⁷ Analogamente G. U. TEDESCHI, *L'azienda*, cit., p. 47; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 97.

¹⁷⁸ Lo constatano anche G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 57, e F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 96.

¹⁷⁹ Nel senso dell'inapplicabilità della disciplina speciale anche G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 57, ma sull'assunto, non ulteriormente approfondito né argomentato, per cui essa presupporrebbe un acquisto derivativo e non originario dell'azienda; in senso opposto, invece, G. U. TEDESCHI, *L'azienda*, cit., p. 47 e F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 96 s.

rivendicazione speciale; occorre, in più, che detta attività si manifesti come la continuazione di quella a suo tempo facente capo al rivendicante. E' in effetti questo collegamento l'elemento qualificante che può contrassegnare l'azione, spostandone le finalità dalla dimensione meramente reale (= dei beni) alla dimensione imprenditoriale. La cennata descrizione in termini economici esprime assai bene questo aspetto: si rivendica il diritto a *rientrare* nell'esercizio di un'attività illegittimamente appropriata da un terzo.

Il collegamento originario, come sempre solo ideale, è dato, sul piano giuridico, dal fatto della consegna. Torna, in effetti, a rilevare il presupposto già emerso come costitutivo dell'operatività del principio di attribuzione dei beni immessi dall'usurpatore; d'altronde non può essere diversamente, questo principio essendo parte del microsistema normativo speciale. In tanto il rivendicante è legittimato a pretendere la restituzione di un'unità operativa funzionante e integrata, in quanto sia legittimato a pretendere che gli sia garantita la reimmissione in un'attività da lui stesso originariamente svolta, non in un'attività nuova, avviata dal possessore privo di titolo; è, come si è detto, solo questo duplice collegamento tra l'impresa originaria e quella idealmente continuata dal terzo utilizzatore, e tra questa e quella nel riesercizio della quale il rivendicante mira ad essere reinserito, che giustifica l'operatività di un principio che si sgancia dalla logica statica del diritto proprietario, per attivare meccanismi dinamici per effetto dei quali la titolarità dei beni segue l'impresa (la riferibilità legittima di essa).

In presenza di un simile presupposto, anche dell'applicazione degli artt. 2557 ss. può essere questione.

Quanto al divieto di concorrenza, occorre peraltro forse distinguere, a seconda che la gestione dell'azienda sia avvenuta, da parte del possessore illegittimo, in buona o in mala fede¹⁸⁰. Il divieto è nel contesto delle vicende circolatorie negoziali testualmente disciplinate, si è detto, diretta emanazione della volontà delle parti; una sua estensione all'ipotesi della rivendicazione, a carico del convenuto soccombente, potrebbe allora giustificarsi, trattandosi comunque di un limite alla libertà di iniziativa economica, solo nella misura in cui l'occupazione del contesto imprenditoriale da parte sua risulti avvenuta nella consapevolezza o nell'ignoranza colpevole dell'illegittimità del suo possesso, così da impedirgli di trarre beneficio, a danno del rivendicante e in pregiudizio dell'effettività della restituzione, dall'acquisita posizione di notorietà nel contesto relazionale di affari servito dall'azienda.

La buona fede dovrebbe viceversa rendergli appieno la libertà di avviare con altri mezzi una nuova impresa, sia pur giovandosi delle relazioni e della reputazione commerciale nel frattempo

¹⁸⁰ Nel senso dell'inoperatività del divieto, in ogni caso, v. invece F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 379.

maturate e sia pur potendo dunque per tal via arrecare un qualche nocimento al pieno recupero della propria area di mercato da parte del rivendicante: in un quadro disciplinare in cui il divieto di concorrenza nelle stesse vicende circolatorie negoziali risulta in linea di principio derogabile dalle parti senza che ciò dequalifichi la fattispecie¹⁸¹, questa soluzione appare meglio assicurare il giusto equilibrio tra gli interessi dei soggetti coinvolti e meglio interpretare le finalità e la portata della disposizione normativa.

E' vero che, rispetto all'operatività del principio di attribuzione dei beni immessi (art. 2561), la buona e la mala fede del terzo utilizzatore non sembrano giocare alcun ruolo. Ma l'applicazione di questo principio difende l'interesse del rivendicante senza compromettere quello patrimoniale del possessore, essendo garantita la regolazione in denaro delle differenze tra le consistenze d'inventario; la regola in sostanza agisce sulle allocazioni proprietarie partendo dal presupposto della loro neutralità economica (tanto, in termini di valori, il possessore ha sottratto – per vendita, per consumo – all'azienda, tanto vi ha immesso ed è acquisito al titolare), attivando a valle un meccanismo di riequilibrio patrimoniale di natura pecuniaria, nell'eventualità di differenze tra questi valori. Quanto invece al divieto di concorrenza, esso si tradurrebbe esclusivamente in un limite a carico dell'utilizzatore, giustificabile dunque e appunto solo a condizione della sua mala fede.

La sostituzione del rivendicante all'usurpatore nell'esercizio dell'impresa si completa poi con la successione del primo nei rapporti contrattuali e di lavoro, secondo le regole stabilite per i casi di cessazione della gestione di azienda altrui dagli artt. 2558 e 2112; mentre non vi può essere questione di applicazione degli artt. 2559 e 2560¹⁸², di questo secondo perché in sé inoperante nei confronti delle vicende diverse dalla cessione¹⁸³, del primo perché non può esservi, se si accede all'orientamento sopra ricordato, iscrizione nel registro delle imprese dell'azione reivindicatoria né comunque, per definizione, patto relativo ai crediti.

Il titolare subentra dunque nei contratti stipulati dal terzo utilizzatore (in quelli da lui stesso stipulati nel tempo precedente l'usurpazione, se ancora non esauriti, prosegue non essendosene mai

¹⁸¹ *Supra*, par. 6.

¹⁸² Cfr. G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 306, ove riferimenti.

¹⁸³ Cfr. G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 254 ss.; F. FERRARA jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 401; G. FERRARI, voce "Azienda", cit., p. 738; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 305 ss.; A. DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, cit., p. 270 ss.; G. RACUGNO, *Debiti e scritture contabili nel trasferimento d'azienda*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 1008; ma in senso contrario U. MINNECI, *Trasferimento di azienda*, cit., p. 114 ss. (di cui v. pure *Imputazione e responsabilità in ordine ai debiti relativi all'azienda ceduta*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, p. 751 s.); e v. altresì G. BONFANTE – G. COTTINO, *L'imprenditore*, cit., p. 658 ss.

spogliato), nella stessa misura e alle stesse condizioni alle quali il concedente subentra al termine dell'usufrutto/affitto in quelli conclusi dal beneficiario; e con esclusione dunque in particolare (per i contratti generici, mentre per quelli di lavoro la limitazione non vale, poiché l'art. 2112 non soffre eccezioni) di quelli abnormi in relazione a un ordinato e razionale esercizio dell'attività¹⁸⁴; una esclusione che potrà trovare attuazione o, secondo alcuni, in una facoltà di respingimento da parte del rivendicante¹⁸⁵ (dunque, se ben si comprende, in un potere unilaterale di neutralizzazione dell'effetto traslativo, con la conseguente riattribuzione al possessore stipulante), o, meglio, nel quadro del criterio generale di circoscrizione del trasferimento *ex lege* ai contratti non personali (che comporta un automatismo, nella permanenza in capo allo stipulante originario, di quelli viceversa personali), intendendo il carattere della personalità in una accezione più ampia di quella tradizionale¹⁸⁶ e tale da comprendere non solo i rapporti in cui la prestazione attesa dal terzo contraente sia oggettivamente o soggettivamente infungibile, ma altresì quelli che, dal lato dell'imprenditore, esulino completamente dal quadro di una razionale gestione dell'azienda, riflettendo così scelte soggettive più che strategie, per quanto spinte e inconsuete, di tipo imprenditoriale¹⁸⁷.

In questo scenario normativo, la rivendicazione d'azienda mostra tra le due fattispecie prese a modello, come vicenda avente ad oggetto un'unità operativa (quando l'azione recuperatoria sia processualmente possibile *uno actu*), una caratterizzazione e una specialità di trattamento assai maggiori, rispetto a quelle manifestate dall'usucapione, in piena coerenza, d'altra parte, con il diverso grado di emersione degli interessi legati all'impresa nelle due ipotesi. Tutto questo conferma, se ve ne fosse ancora bisogno, l'impossibilità di procedere per mezzo di astratte qualificazioni del bene azienda e di automatismi deduttivi nel ricostruire la disciplina di ciascuno degli accadimenti in cui essa può trovarsi coinvolta. E conferma altresì il fatto che solo portando la prospettiva esegetica dal piano reale, dei beni, a quello dell'attività, nella ricostruzione delle funzioni e conseguentemente della portata applicativa e della *vis* espansiva del diritto speciale

¹⁸⁴ Cfr. G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 305 s.; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 822; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 377 s.

¹⁸⁵ G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 306.

¹⁸⁶ Per la quale v. per tutti G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 82 ss.; A. VANZETTI, *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi all'azienda ceduta*, in *Riv. soc.*, 1965, p. 539 ss.; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 162 ss.

¹⁸⁷ Rinvio, per approfondimenti, al mio *Rapporto fideiussorio e trasferimento dell'azienda*, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 555 ss., ove anche i necessari riferimenti bibliografici; la tesi è criticata da F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 164; in senso adesivo, invece, U. MINNECI, *Trasferimento di azienda*, cit., p. 24, nt. 43 (sebbene non persuadano gli esempi portati dall'a.).

all'azienda riservato, è possibile pervenire, oltre che ad una più soddisfacente lettura e a un più appagante inquadramento delle relative disposizioni in relazione alle fattispecie circolatorie direttamente disciplinate, anche all'individuazione di un coerente quadro regolamentare di ciascuno di quegli ulteriori accadimenti¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Qualche considerazione, *in limine*, vale la pena riservare ad uno in particolare tra di essi, e precisamente al problema della tutela cautelare dell'azienda, che si snoda tradizionalmente, come si era ricordato, attorno alle questioni dell'esperibilità delle azioni possessorie. Acquisito innanzitutto che un possesso dell'azienda, come situazione di fatto corrispondente all'esercizio di una situazione dominicale o comunque di titolarità unitaria, trascendente le posizioni giuridiche sui singoli beni, non è configurabile, è consequenziale concludere che le azioni a difesa del possesso in tanto potranno essere esperite in quanto lo possano individualmente al riguardo di ogni singolo bene aziendale e potranno investirne unitariamente una pluralità solo nella misura in cui le regole sostanziali e procedurali dell'azione lo consentano. Questo però non deve necessariamente significare che, quando tali rimedi risultino non attivabili in relazione all'unità operativa o almeno alla sua parte caratterizzante, il gestore dell'azienda rimanga privo di strumenti cautelari di protezione, sebbene ciò debba avvenire allora su presupposti diversi. La giurisprudenza ha ad esempio riconosciuto la ricorribilità alla procedura d'urgenza *ex art. 700* per il recupero della disponibilità dell'azienda (Trib. Milano, 24 febbraio 2015, reperibile nel sito www.giurispriudenzadelleimprese.it; accesso: 14 aprile 2016) e non può dubitarsi che al medesimo strumento possa accedere chi si dolga di turbative ai danni della propria attività. E' chiaro che, le volte in cui non si tratti di un'azione possessoria, ma della tutela d'urgenza, la situazione giuridica da porre a fondamento della tutela non potrà essere il mero fatto della disponibilità materiale del complesso produttivo e dovrà essere invece la sua titolarità (nei termini ormai acquisiti) ed eventualmente la libertà di iniziativa economica per i casi di molestia; con tutte le conseguenze che un simile spostamento di prospettiva può comportare. Ma la disponibilità di questo rimedio sembra predicabile con sicurezza. Quanto alle relative implicazioni, tralasciando la protezione contro le turbative, le azioni recuperatorie pongono l'ulteriore, fondamentale quesito della richiamabilità o meno della disciplina speciale, quando abbiano ad oggetto l'azienda o la sua parte caratterizzante: la risposta al quale parrebbe dover essere uguale a quella formulata a proposito dell'azione di rivendicazione, con la conseguenza che il ricorrente conseguirà la disponibilità materiale anche dei beni *medio tempore* immessi nell'azienda dal precedente gestore e che subentrerà nelle relazioni contrattuali in corso di esecuzione. Non c'è dubbio che la potenziale transitorietà del provvedimento restitutorio, in questo caso, sia un elemento differenziante che non può essere ignorato, ma se si guarda alla vicenda, come sempre, dal punto di vista dell'effetto sostitutivo nell'esercizio dell'impresa, che la caratterizza, il fatto che beni e rapporti seguano questo effetto non può stridere con la logica da ascrivere allo strumento cautelare.