

LA CIRCOLAZIONE DELL'AZIENDA E LA CONTINUITÀ DEI RAPPORTI D'IMPRESA: COMPLESSITÀ DEL PATRIMONIO E ARTICOLAZIONE DELLE RISPOSTE NORMATIVE

SOMMARIO. 1. La dote del patrimonio d'impresa: complessità compositiva e insufficienza della tripartizione contratto – credito – debito. - 2. Le ragioni economiche della partizione normativa... - 3. (segue) ... e i meccanismi giuridici attivati. - 4. Dai contratti a prestazioni corrispettive ineseguite ai rapporti in equilibrio economico. - 5. Il segno (positivo o negativo) dello squilibrio e le conseguenze sull'operatività dell'art. 2558. - 6. I rapporti eseguiti ma non esauriti. - 7. La disciplina dei contratti inceduti: l'art. 2560 e la responsabilità "in continuazione" dell'acquirente. - 8. Le vicende sostitutive diverse dalla cessione dell'azienda. A) La gestione altrui per concessione (usufrutto e affitto). - 9. (segue) B) Le vicende diverse dalle sostituzioni a titolo derivativo: cenni. - 10. Le posizioni giuridiche diverse.

1. La dote del patrimonio d'impresa: complessità compositiva e insufficienza della tripartizione contratto – credito – debito.

Gli artt. 2558, 2559 e 2560 costituiscono un microsistema dedicato alla sorte del c.d. patrimonio d'impresa, nelle vicende circolatorie dell'azienda, che deve essere riguardato unitariamente e come *unità disciplinare* ricostruito senza riserve.

La legge evoca tre moduli relazionali, indicandoli nel contratto, nel credito e nel debito, e così sembra procedere da una prospettiva estremamente approssimativa, come se si trattasse di tipologie di relazioni giuridiche tra loro prive di aree di sovrapposizione. Per tale ragione, la lettura tradizionale delle tre norme ricolloca i reciproci confini individuando la figura disciplinata nell'art. 2558 nel contratto a prestazioni corrispettive non ancora eseguite e quelle soggette alle disposizioni successive nelle posizioni creditorie e debitorie, anche contrattuali, ma non correlate ad alcuna controobbligazione al momento del trasferimento dell'azienda¹. Si parla, come si sa, di contratti ineseguiti, dall'un lato, e di crediti e debiti "puri", dall'altro; nei primi l'acquirente subentrando puramente e semplicemente (con la sola eccezione dei contratti a carattere personale e con liberazione

¹ G. E. COLOMBO, *L'azienda*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, diretto da Galgano, III, Padova, 1979, 70 ss.; F. MARTORANO, *L'azienda*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Buonocore, Torino, 2010, 148 ss.; GIO. FERRARI, voce *Azienda*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 715 ss.; Cass. 16 giugno 2004, n. 11318; Cass. 29 aprile 1998, n. 4367; Cass. 8 giugno 1994, n. 5534, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1308; Cass. 20 luglio 1991, n. 8121, in *Foro it.*, 1992, I, 3364; App. Milano 21 gennaio 1986, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 713; Trib. Milano 3 dicembre 2014, *iusexplorer.it*; Trib. Torino 15 ottobre 2013, *iusexplorer.it*; Trib. Milano 11 ottobre 2013, *iusexplorer.it*; Trib. Milano 10 aprile 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 134. Data la numerosità degli studi sull'azienda e la frequenza della produzione giurisprudenziale, peraltro ben conosciuti, i riferimenti agli uni e all'altra saranno limitati in tutto il lavoro a quanto è necessario per una prima, generale informazione. A proposito delle fonti giurisprudenziali, deve poi avvertirsi che non sempre il testo dei provvedimenti consente di ricostruire con certezza la fattispecie concreta oggetto della decisione, così che può risultarne compromessa la possibilità di inferire correttamente la posizione nello specifico assunto nella stessa. Da ultimo, debbo precisare che le riflessioni e gli approfondimenti condotti per la stesura di questo scritto mi hanno portato a modificare, sotto taluni profili, le opinioni che avevo espresso in altri, precedenti contributi dedicati alla materia (i cui estremi sono riportati nelle note).

immediata dell'alienante per i relativi debiti, tra l'altro), mentre la sorte dei secondi resterebbe diversamente segnata, il che diviene particolarmente rilevante per i debiti, di cui, in quanto "puri", l'alienante continuerebbe a rispondere, e in solido con lui, ma solo al ricorrere di certi presupposti, l'acquirente, nei termini previsti dall'art. 2560.

Posta la discrepanza tra le regole stabilite dai diversi articoli, una tracciatura di confini che vada oltre la semplice nomenclatura codicistica è necessaria per evitare interferenze disciplinari quando entrino in gioco posizioni di credito o debito di fonte contrattuale. La sistemazione tradizionale ha senz'altro il merito di voler definire le reciproche aree di applicazione delle norme senza pervenire ad una segmentazione per tipo di fonte genetica del rapporto (= relazioni contrattuali, non importa a quale stadio di esecuzione, tutte sotto l'ombrello dell'art. 2558; relazioni non contrattuali, e solo esse, entro l'area di operatività degli artt. 2559-2560) e così ad una segregazione di queste seconde, che difficilmente riuscirebbe a giustificarsi sotto il profilo dell'assetto delle regole².

La dottrina, e la giurisprudenza con la dottrina³, riportano in modo sostanzialmente traluzio questo impianto. Il quale dunque parrebbe doversi considerare un dato acquisito delle teoriche sul trasferimento dell'azienda. Neppure esso, tuttavia, sebbene avvicini a una ordinata ricostruzione del quadro disciplinare, appare in sé sufficiente ad affrontare la complessità potenziale che può caratterizzare in concreto il patrimonio aziendale. Risultano in effetti profilabili interrogativi che paiono voler sfuggire alla catalogazione proposta; risultano in altri termini ipotizzabili relazioni giuridiche non agevolmente classificabili all'interno di essa.

L'applicazione delle disposizioni in esame sulla base di questa catalogazione, infatti, suppone nella sostanza che le relazioni a prestazioni corrispettive si sviluppino per sezioni temporali tra loro perfettamente separabili e non comunicanti, secondo uno schema per cui l'una sezione si apre (solo) quando la precedente ha esaurito integralmente i propri effetti; e che i c.d. crediti e debiti "puri", ancorché di derivazione contrattuale, rappresentino (*ab origine*, o per effetto dell'esecuzione della

² Cfr. per alcuni rilievi G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 70, nt. 29.

³ Non è chiaro quanto possano influire sulla lettura che la giurisprudenza dà dei rapporti tra art. 2558 e disposizioni successive le posizioni che la medesima assume (per la verità, nel tempo, con alcune importanti oscillazioni) riguardo ai presupposti necessari per la configurabilità di una cessione di contratto *ex art.* 1406, rinvenuti, nelle pronunce più recenti, proprio nella corrispettività delle prestazioni ancora da eseguire: cfr. specie Cass. 22 gennaio 2010, n. 1204 e sul tema, inoltre, non tutte sulla stessa linea, Cass. 16 marzo 2007, n. 6157; Cass. 29 novembre 1993, n. 11847; Cass. 24 giugno 1992, n. 7752. In dottrina, sull'argomento e con maggiori aperture, A. ALBANESE, *Cessione del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2008, *sub art.* 1406, 182 ss.; R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, in *Cod. civ., Comm.* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, II ed., Milano, 2005, *sub art.* 1406, 18 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, II ed., Milano, 2011, 554 s. Peraltro, come si dirà, la stessa giurisprudenza, a proposito della nozione di contratto soggetto a successione *ex art.* 2558, è pervenuta talvolta a conclusioni assolutamente stridenti sia con i propri assunti più comuni relativamente alla disciplina sull'azienda, sia con le posizioni accolte riguardo all'art. 1406.

controprestazione) posizioni del tutto isolate, mai correlabili ad altre situazioni giuridiche radicate nella medesima fonte.

Gli studi più attenti sovente colgono la maggiore complessità che, rispetto ad un simile modello, la realtà presenta⁴; tuttavia non pervengono ad affrancarsene. Una ricognizione delle situazioni “non classificabili” giova senz’altro a dispiegare tale complessità.

a) Una speciale attenzione hanno raccolto in primo luogo i crediti e debiti cosiddetti *in praeteritum*: nascenti da contratti di durata a prestazioni corrispettive, ancora in corso di esecuzione e dunque senz’altro da assumersi trasferiti all’acquirente, nella prospettiva classica, ma relativi al tempo precedente la cessione d’azienda; afferenti cioè ad una coppia di prestazioni originariamente reciproche, ma venutasi a spezzare prima della cessione per l’esecuzione di una di esse (canoni di locazione insoluti, oppure corrispettivi di forniture pregresse già eseguite dal fornitore, e via dicendo). Il problema derivante dalla loro presenza è polivalente. Isolatamente considerate, o, per meglio dire, considerate dal punto di vista del loro valore economico, che è il punto di vista da cui il legislatore muoverebbe, nella accezione comune in letteratura e in giurisprudenza⁵ (nel contratto ineseguito l’acquirente subentrerebbe, a prescindere dalla conoscenza della sua esistenza, e il terzo non dovrebbe prestare il consenso, perché le poste attive e passive si pareggiano; nel debito “puro” il debitore originario rimarrebbe tale perché il creditore è esposto al rischio di insolvenza senza alternative, e l’accollo cumulativo si verificherebbe solo se il debito era conoscibile dall’acquirente, perché rappresenta una posta meramente negativa di patrimonio), le posizioni *in praeteritum* si connotano per l’assenza di bilanciamento economico; ciononostante esse appartengono ad un rapporto negoziale la cui porzione rimanente è ad esecuzione futura e reciproca. A cavallo dunque tra l’art. 2558 e le disposizioni successive, tali posizioni sembrano richiedere o di scomporre il rapporto globalmente considerato, in vista di un trattamento differenziato delle diverse situazioni giuridiche che lo compongono, o di mantenerlo composto, per trascinare anche queste posizioni verso l’acquirente⁶; ma se l’alternativa è tra queste due soluzioni, l’esito è comunque insoddisfacente, o perché si ritrova messa in discussione, se si inclini verso l’applicazione dell’art. 2558 (cioè verso la considerazione della posizione *in praeteritum* come parte del rapporto oggetto della successione), la stessa corrispondenza alla sua *ratio* (quando vi siano debiti pregressi significativamente ingenti, a carico dell’alienante, il contratto può ancora considerarsi in equilibrio economico?), o perché, se ci si orienta

⁴ *Infra*, nel corso del testo.

⁵ *Infra*, par. 2.

⁶ Il che assume particolare rilevanza riguardo alle posizioni debitorie, specie se non risultanti dalle scritture contabili dell’impresa: l’acquirente ne risponde comunque, in quanto subentrato nel rapporto contrattuale? l’alienante è liberato, sempre *ex art. 2558*? o viceversa continua a rispondervi ed anzi in via esclusiva, *ex art. 2560*?

verso l'art. 2560⁷, si viene ad alterare la posizione del creditore, la neutralità della cessione d'azienda verso il quale costituisce viceversa il principio su cui si afferma che tale articolo sia fondato (alla posizione creditoria del terzo sono invero legati rimedi nascenti da e incidenti sul rapporto contrattuale, il che schiuderebbe immediatamente il problema della loro sorte quando il debito e il contratto si assumesse che finiscano per far capo a soggetti diversi⁸).

b) D'altra parte, la rimanenza di una passività può avere ricadute sullo stesso tenore delle prestazioni future e dunque sulle sezioni temporali successive, se in questi termini sia orientato il regolamento negoziale (ad esempio, quando sia consentito al terzo contraente di ridurre le quantità delle forniture posteriori, o sia prevista la caducazione di uno sconto nel relativo prezzo, in caso di ritardo nei pagamenti relativi a quelle precedenti). In tal caso le sezioni temporali comunicano, sul piano degli effetti, e nuovamente su questo intreccio si infrange lo schema contratto ineseguito – debito “puro”. La protezione dell'acquirente dell'azienda e quella del terzo contraente creditore, verso cui il sistema codicistico muove di pari passo, non possono invero essere realizzate contemporaneamente, finché si mantiene l'alternativa entro questo schema bipolare⁹,

c) Al modello sin qui considerato possono ricondursi anche i casi in cui l'obbligazione non bilanciata non si colloca a livello delle prestazioni principali dedotte in contratto, ma sul piano degli obblighi sussidiari: le coppie di prestazioni primarie pregresse sono state interamente eseguite da entrambe le parti, ma in modo da far sorgere a carico di una di esse un'obbligazione risarcitoria, ad esempio, o redibitoria (fornitura anteriore al trasferimento dell'azienda di merci rivelatesi viziate)¹⁰.

d) D'altronde anche le situazioni creditorie o debitorie in tutti i sensi “pure” non sono riguardabili di per sé sole, quando abbiano fonte contrattuale. La focalizzazione sulla semplice posizione

⁷ E in questo senso G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 76 ss.; F. FERRARA jr., *La teoria giuridica dell'azienda*, II ed., Milano, 1982 (1948), 365 ss.; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 152; U. MINNECI, *Trasferimento di azienda e regime dei debiti*, Torino, 2007, 161 ss.; Cass. 23 gennaio 2012, n. 840.

⁸ Fondamentale in tal senso il quesito relativo all'esperibilità da parte del creditore e nei confronti del cessionario dell'azienda (e del rapporto contrattuale) dell'azione di risoluzione del contratto, nel caso in cui l'alienante, che si assuma unico debitore *ex art. 2560*, non adempia al debito *in praeteritum*. Il profilo dell'impatto che l'applicazione dell'art. 2560 avrebbe sul potere di chiedere la risoluzione è evidenziato da U. MINNECI, *Trasferimento di azienda*, cit., 164, il quale peraltro non parrebbe abbandonare per questo la conclusione dell'operatività di tale norma.

In linea di principio, non si ravvisano impedimenti di ordine concettuale alla separazione di passività pregresse afferenti ad un rapporto contrattuale di durata, in vista del trasferimento ad un nuovo soggetto della sola porzione temporale futura (cfr. nello specifico K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allg. Teil*, XIV ed., München, 1987, § 35.III, 618; con più generico riferimento alla legittimità di una cessione parziale di contratto v. A. ALBANESE, *Cessione del contratto*, cit., *sub art. 1406*, 210 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 555), ma la scomposizione suppone la triplice volontà delle parti coinvolte, tra le quali il contraente ceduto, proprio in ragione degli effetti che essa determina.

⁹ Se l'effetto negativo dell'inadempimento pregresso si neutralizzasse al passaggio del contratto (= delle sue sezioni a prestazioni corrispettive ancora da eseguire) all'acquirente, se ne modificherebbe il contenuto a danno del terzo, con buona pace della neutralità dell'operazione nei suoi confronti; se l'effetto negativo si mantenesse in capo all'acquirente, lo squilibrio economico determinato dall'inadempimento stesso verrebbe scaricato su di lui, con buona pace della *ratio* assunta a fondamento dell'art. 2558.

¹⁰ Se la merce fu fornita dall'alienante, in particolare, si profila il problema di chi tra costui e l'acquirente, in ipotesi subentrante nel contratto, sia legittimato passivo dell'azione promossa dal terzo in garanzia.

obbligatoria, che, fondamentalmente, connota l'approccio giurisprudenziale nonché, almeno in una qualche misura, quello di certa dottrina¹¹, non appare sufficiente. Sfugge talora il fatto che l'esecuzione, già avvenuta, della controprestazione (nel caso la prestazione ancora dovuta si radichi in un contratto originariamente a prestazioni corrispettive) non realizza alcuna forma di astrattezza dell'obbligazione residua. Cosicché la questione della sorte del credito o del debito d'impresa non può andare disgiunta dalla considerazione della sorte del relativo rapporto negoziale, dal quale possono derivare invero azioni ancora esperibili, la legittimazione alla cui proposizione e i cui effetti devono allora essere collocati in capo ad uno dei soggetti della vicenda traslativa¹².

e) Più in generale, un contratto interamente eseguito nelle sue prestazioni principali pare inidoneo ad essere incasellato nello schema tripartito tradizionalmente proposto, pur potendo risultare non ancora del tutto esaurito. Un problema, questo, che non è sfuggito alla stessa giurisprudenza, la quale peraltro, priva di un adeguato criterio orientativo e lasciandosi guidare dall'ambiguo lessico normativo, ha finito per assumere posizioni che non appaiono inseribili in un quadro sistematico coerente; è così che si è affermato che la successione nei contratti, *ex art. 2558*, riguarderebbe quelli a prestazioni corrispettive in ogni fase della loro esistenza, anche contenziosa, traendone conseguenze, in ordine alla sorte delle azioni testé menzionate, talvolta antitetiché alla stessa logica della sottrazione, viceversa, dei crediti e debiti pur contrattuali ma "puri" a questa medesima disposizione¹³.

Il quadro va dunque ricomposto tenendo conto della maggiore complessità che il patrimonio d'impresa può presentare rispetto al modello tripartito in voga. Non si tratta tuttavia di abbandonarlo. Anzi, esso poggia su una solida considerazione della *ratio* rispettiva delle disposizioni componenti il microsistema normativo, che va senz'altro valorizzata. E, come si vedrà, una più accurata ricostruzione di tale microsistema a partire da queste *rationes* evidenzierà in ultima analisi come la stessa scelta legislativa di evocare distintamente il contratto da un lato, e i crediti e la responsabilità per i debiti dall'altro, sia anche giuridicamente fondata e, se ben colta, tutt'altro che ambigua.

¹¹ V. *supra*, in nota.

¹² E' da chiedersi se l'acquirente dell'azienda possa, in caso di inadempimento del debitore, promuovere la risoluzione del contratto e con quali effetti sulla restituzione della controprestazione a suo tempo eseguita dall'alienante. E se il debitore possa invocare e nei confronti di chi la garanzia per vizi della cosa vendutagli dall'alienante e promuovere eventualmente un'azione risarcitoria.

¹³ Si è in particolare affermato che, interamente eseguite le prestazioni da e a favore dell'alienante, ma promosse successivamente dal terzo un'azione di risoluzione per vizi della cosa venduta e un'azione risarcitoria, gli effetti di queste azioni (e prima ancora la legittimazione passiva) si realizzerebbero nella sfera giuridica dell'acquirente dell'azienda in quanto, per l'appunto, subentrante nel contratto: *infra*, par. 6.

2. Le ragioni economiche della partizione normativa...

Sembra corretto affermare che la premessa fondante la partizione normativa ha carattere eminentemente economico. E che si tratta a ben guardare, a dispetto del numero degli articoli, di una bipartizione e non di una tripartizione da questo punto di vista.

E' esatto quanto si assume comunemente circa il presupposto di operatività dell'art. 2558 e circa le relative ragioni. Si è ricordato che la norma determina un fenomeno di successione nel rapporto contrattuale, che prescinde, su un versante, dalla conoscenza dell'esistenza del rapporto, da parte dell'acquirente dell'azienda, e, sull'altro versante, dal consenso del contraente ceduto¹⁴. L'ignoranza del primo e la volontà del secondo si ritiene restino ininfluenti in ragione della neutralità dell'evento traslativo per entrambi i soggetti, sotto il profilo economico. Per essere più precisi, se ne ritiene giustificabile l'irrilevanza nella misura di tale neutralità; di qui la lettura della disposizione come riferita ai contratti a prestazioni corrispettive non ancora eseguite da alcuno dei contraenti. Lo schema argomentativo tradizionale è notissimo e sopra se n'è già accennato: il cessionario dell'azienda, anche se ignaro del contratto, consegue comunque un valore passivo bilanciato da uno attivo; dal canto suo, il terzo, pur subendo la sostituzione del debitore, è in condizione di neutralizzare il danno dipendente dall'eventuale inadempimento del nuovo obbligato non eseguendo a sua volta la propria prestazione. Se è allora la neutralità della vicenda, che permette la realizzazione senza riserve dell'interesse alla continuità di radicamento del rapporto nella cornice imprenditoriale (salvo il diritto di recesso del contraente ceduto, ma posteriore all'evento successorio), l'interpretazione restrittiva della disposizione è consequenzialmente evincibile in via deduttiva.

Il confronto con la disciplina contenuta nell'art. 2560 e riferita ai debiti è ritenuto parimenti probante. Qui, l'interesse allo svolgimento del rapporto nel contesto dell'impresa è realizzato in misura e termini affatto diversi: il creditore conserva il debitore originario, salvo che non lo liberi; e ad esso si aggiunge l'acquirente dell'azienda solo se il debito era da lui conoscibile (per essere registrato nelle scritture contabili obbligatorie). Volontà del terzo e conoscenza/ignoranza del cessionario riassumono piena rilevanza, non perché il debito abbia una fonte diversa dal contratto, ma perché, si afferma, la vicenda non è neutra rispetto ad alcuno dei due soggetti. Nasce da qui la nozione di debito "puro": rispetto al quale il creditore è esposto al rischio di inadempimento del debitore senza poter sterilizzare la relativa perdita patrimoniale restando inadempiente a una propria controprestazione; che per l'acquirente dell'azienda rappresenta una posta esclusivamente passiva, come tale incidente sul valore

¹⁴ Cfr., nello specifico, Cass. 19 giugno 1996, n. 5636.

del complesso patrimoniale-aziendale acquistato¹⁵; e che attrae dunque, coerentemente, un trattamento giuridico diverso da quello del “contratto”, pur quando sia di fonte contrattuale.

La disciplina dei crediti (art. 2559), che di nulla si cura se non dell’efficacia nei confronti dei terzi e del debitore di una cessione che non è esplicitato se discenda naturalmente dal trasferimento dell’azienda o richieda un patto *ad hoc*, si colloca in questo medesimo quadro, come disciplina operante nei confronti dei crediti parimenti “puri”, anche quando abbiano origine in un contratto.

Sotto il profilo delle ragioni economiche del piccolo sistema di norme, dunque, la bipartizione è tra le posizioni attive e passive in equilibrio reciproco, da una parte, e le rimanenti posizioni attive o passive, dall’altra. Viene a delinarsi un assetto di interessi centrato sull’obiettivo della continuità dell’impresa (interesse dell’acquirente alla conservazione dei rapporti in corso come elemento rafforzativo della prosecuzione senza cesure della serie imprenditoriale, interesse del terzo creditore alla percezione della prestazione da colui che dispone dei mezzi produttivi), la pienezza e i limiti della cui realizzazione vengono però calibrati in funzione degli altri interessi in conflitto di cui le stesse parti, a seconda del tenore e del contenuto del rapporto, possono essere portatrici. Di qui tra l’altro, oltre alla declinazione delle regole successorie e di responsabilità sino a questo punto illustrate, anche l’esclusione dal trasferimento dei rapporti a carattere personale e il trattamento speciale riservato a quelli di lavoro¹⁶.

Quanto alla bipartizione fondamentale che regge il trinomio di disposizioni, la valutazione circa la sussistenza dell’equilibrio economico non è intesa dalla legge come bisognosa di essere effettuata in concreto e sulla base di parametri esterni al contratto stesso. Il riscontro del bilanciamento avviene cioè anzitutto *per tipo*, sicché il legislatore registra il valore reciproco di scambio e di risultati attesi, fissato dalle parti del negozio, e lo fa proprio come espressivo di una situazione di equilibrio che giustifica in ogni caso l’applicazione della regola successoria di cui all’art. 2558¹⁷.

3. (segue) ... e i meccanismi giuridici attivati.

In tal caso, il rapporto si trasmette integralmente, lasciando la sfera giuridica dell’alienante ed investendo quella dell’acquirente¹⁸.

¹⁵ In giurisprudenza, a proposito dell’interesse conoscitivo dell’acquirente come fondamento del limite alla sua responsabilità, posto nel secondo comma, v. da ultimo Cass. 21 dicembre 2012, n. 23828.

¹⁶ Un trattamento speciale, com’è noto, ha ad oggetto anche le sanzioni amministrative (art. 33 d. lgs. 231/2001) e tributarie (art. 14 d. lgs. 472/1997), la disciplina relativa alle quali si discosta in parte da quella codificata nell’art. 2560.

¹⁷ L’art. 2558 viene ritenuto applicabile anche ai contratti normativi: F. MARTORANO, *L’azienda*, cit., 153.

¹⁸ Il subentro involge tutte le posizioni giuridiche inerenti: F. MARTORANO, *L’azienda*, cit., 139, testo e nt. 9.

Quando, viceversa, questa situazione di bilanciamento manchi, deve ragionevolmente assumersi, allora, che il rapporto non si trasferisca. E' questo lo snodo fondamentale della disciplina e il principio che, pur restando inespresso, va affermato come immanente ad essa. Per la verità proprio l'opacità del dato normativo rende plausibili diverse letture. E la questione è non a caso duplicemente dibattuta, sia cioè sul punto dell'automaticità o meno della successione del credito e del debito, sia su quello della sorte del rapporto – e dunque delle relative, eventuali ulteriori posizioni giuridiche – cui questo inerisce¹⁹. In una prospettiva di rafforzamento della continuità dell'impresa si è in particolare asserito, come si sa, che crediti e debiti passerebbero all'acquirente (questi ultimi, nei limiti dell'art. 2560)²⁰, il che in particolare si esprime, con riguardo ai medesimi, assumendo che, nei rapporti interni, egli diverrebbe il nuovo obbligato in via principale.

L'ottica va invece presumibilmente rovesciata e nel rovesciamento si chiariscono così la scansione della disciplina in tre distinti segmenti, come l'uso apparentemente improvvido della terna lessicale contratto – credito – debito da parte del legislatore. Per quanto riguarda i crediti, non vi è successione *ex lege*²¹; vi può essere una cessione volontaria (e sarà questo senz'altro il caso dei crediti aventi ad oggetto beni aziendali²²), che concernerà allora, secondo i principi generali, la sola posizione attiva, non il rapporto contrattuale cui questa inerisce, globalmente considerato, rapporto che continuerà a far capo all'alienante in una con le eventuali ulteriori posizioni giuridiche che ancora vi residuassero²³. Per quanto riguarda i debiti, neppure vi è successione dell'acquirente, la cui responsabilità è meramente esterna²⁴; non essendovi successione nel debito, non vi è nemmeno da

¹⁹ Su quest'ultimo, specifico aspetto, v. F. FERRARA jr., *La teoria*, cit., 366; G. AULETTA, voce *Azienda*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, 18 (entrambi nel senso della successione).

²⁰ Si vedano per i crediti R. TOMMASINI, *L'azienda*, in TOMMASINI–GALLETTI, *Statuto dell'imprenditore e azienda*, Tratt. dir. civ. CNV diretto da Perlingieri, Napoli, 2009, 263; G. PRESTI–M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, VII ed., Bologna, 2015, 55; Cass. 31 luglio 2012, n. 13692; Cass. 9 aprile 2009, n. 8644; Cass. 12 marzo 2008, n. 6578; Cass. 13 giugno 2006, n. 13676; Cass. 22 gennaio 1999, n. 577, in *Riv. not.*, 1999, 1235; Cass. 5 maggio 1995, n. 4873; Cass. 1 ottobre 1993, n. 9802, in *Giust. civ.*, 1994, I, 992; Trib. Catanzaro 15 marzo 2011, *iusplorer. it*; per i debiti M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, in Tratt. dir. civ. it., diretto da Vassalli, Torino, 1974, 831 s.; F. FERRARA jr – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, XV ed., Milano, 2011, 129 s.; F. FERRARA jr., *La teoria*, cit., 129 ss.

²¹ Così G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 117 ss.; B. LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009, 117; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, XV ed. a cura di C. Angelici e G. B. Ferri, Torino, 2016, 168; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 199 ss.; A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, II ed., Napoli, 1959, 170 s.

²² In altre parole, la volontà traslativa dell'azienda, investendo ciascuno degli elementi che compongono l'apparato produttivo nella situazione giuridica in cui si trova rispetto all'alienante, attrae per definizione verso l'acquirente la pretesa, originariamente facente capo al primo, al conseguimento di quegli elementi su cui non è vantato dal medesimo un diritto reale.

²³ Sulla distinzione tra credito e rapporto-fonte, nella cessione del primo, v., in generale, P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, sub art. 1263, part. 152 ss.; V. PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 865 s.

²⁴ G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 117 ss.; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 213 ss.; G. FERRI, *Manuale*, cit., 168; GIO. FERRARI, voce *Azienda*, cit., 729, e, in giurisprudenza, Cass. 3 ottobre 2011, n. 20153; Cass. 22 dicembre 2004, n. 23780, in *Giur. comm.*, 2005, II, 569; Cass. 25 febbraio 1987, n. 1990; Trib. Milano 27 giugno 2007, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, 736; per una posizione più articolata U. MINNECI, *Trasferimento di azienda*, cit., 86 ss.

discutere la sorte del rapporto contrattuale nella sua interezza, quando il debito abbia fonte contrattuale, rapporto che permane nella sfera giuridica dell'alienante.

Un principio di generale subentro dell'acquirente nei rapporti d'impresa, sia pure con i temperamenti necessari per tenere conto del carattere personale di alcuni di essi e delle esigenze di tutela del terzo creditore, avrebbe invece suggerito, se non richiesto, un diverso formulario normativo; come ad esempio quello accolto dall'*UGB* austriaco (§ 38), che accorpa tutte le componenti del patrimonio aziendale sottomettendole (con l'eccezione di quelle personali) ad una regola unitaria (e disponibile) di successione²⁵. L'originale scelta del codice italiano (originale non solo rispetto a quella austriaca, ma anche rispetto a quelle compiute dai legislatori dei principali ordinamenti europei, spesso disinteressati ad affrontare a trecentosessanta gradi la questione della sorte del patrimonio aziendale²⁶) segnala dunque una diversa volontà regolatrice. Nel quale scenario anche la terminologia legislativa, per l'appunto, ritrova il proprio significato: la relazione contrattuale è richiamata nel solo art. 2558 perché solo questo detta una regola di successione nel contratto; l'art. 2559 fa riferimento al credito perché è questo, distaccato dal contratto, che è oggetto della (eventuale) cessione opponibile nei termini ivi stabiliti; l'art. 2560 evoca il debito perché è una responsabilità cumulativa verso il creditore, e non altro, che viene in esso disciplinata.

L'ipotesi della successione automatica dell'acquirente anche nei rapporti diversi dai "contratti", d'altra parte, non potrebbe essere recuperata neppure muovendo da ricostruzioni universalistiche dell'azienda. Anche questo percorso argomentativo, com'è noto, è stato intrapreso da certa giurisprudenza²⁷, ma appare viziato nelle premesse e, se si vuole, da una fondamentale inversione logica che per la verità ha connotato sotto molti e più numerosi aspetti, nei decenni, tante indagini sull'azienda e sulle relative vicende. Non appare invero corretto ricostruire la disciplina in funzione di una classificazione del complesso aziendale nella teoria dei beni, quale che essa sia; tutti gli sforzi di catalogazione (e, come si sa, l'azienda è stata volta a volta inquadrata tra le universalità di diritto, tra quelle di fatto, tra i beni immateriali, per tacere delle tesi più risalenti o rimaste isolate) si rivelano d'altra parte caratterizzati da una sostanziale apoditticità²⁸. Il quadro disciplinare rappresentato dalle

²⁵ Su tale disciplina v. G. SCHUMMER – S. KRIWANNEK, *Das neue Unternehmensgesetzbuch*, Wien, 2006; C. ZIB – M. DELLINGER, *UGB Grosskommentar*, Bd. 1.2, Wien, 2013.

²⁶ Invero, l'attenzione è portata fondamentalmente sul solo problema della responsabilità per i debiti assunti dall'alienante (debiti d'impresa, nell'ordinamento tedesco; anche privati, in quello francese); si tratta rispettivamente dei §§ 25 ss. *HGB* e degli artt. L141-12 ss. *Code de commerce*, per una cui sintetica illustrazione rinvio a M. CIAN, *L'azienda tra diritto dei beni e regolazione dei fatti d'impresa. Prolegomena*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, 644 ss., ove anche i necessari riferimenti bibliografici.

²⁷ V. Cass. 11 agosto 1990, n. 8219, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 584; Cass. 16 gennaio 1987, n. 360; si tratta di un argomento che ritorna con una certa frequenza anche in tempi assai recenti: Cass. 30 giugno 2015, n. 13319; Cass. 13 giugno 2006, n. 13676; Trib. Catanzaro 15 marzo 2011, cit.

²⁸ Sul tema, per l'approfondimento di queste considerazioni e per tutti i necessari riferimenti, debbo rinviare ancora a M. CIAN, *L'azienda*, cit., 621 ss.

disposizioni codicistiche non dà evidenza alcuna della enucleabilità di una nozione normativa dell'azienda quale entità comprensiva dei rapporti d'impresa, che non può dunque essere assunta a premessa del discorso.

4. *Dai contratti a prestazioni corrispettive ineseguite ai rapporti in equilibrio economico.*

Lo schema tradizionalmente proposto negli studi sull'azienda può quindi essere senz'altro condiviso, ma richiede una parziale ricalibratura della formulazione.

I rapporti passibili di successione *ex lege*²⁹ sono quelli definibili come *rapporti in equilibrio economico al momento del trasferimento dell'azienda*; i rapporti che non presentano questa caratteristica ricadono nell'orbita delle altre disposizioni (nei termini che si analizzeranno in seguito). Non si tratta di una ricostruzione alternativa a quella focalizzata sulla corrispettività e sull'inesecuzione delle prestazioni³⁰: questi elementi rilevano senz'altro in quanto danno luogo all'equilibrio sotteso alla regola successoria, ma tale ultimo criterio, portando l'attenzione dal piano giuridico della sinallagmaticità a quello valutativo degli interessi economici delle parti, presenta una maggiore capacità orientativa nella selezione dei rapporti sussumibili entro l'area di applicazione dell'art. 2558.

A questo riguardo, si è già messo in evidenza che il riscontro di tale equilibrio viene effettuato innanzitutto per tipologia contrattuale, dunque in via generale ed astratta. Una valutazione a questo livello tuttavia non è sufficiente. Alla stessa idea di distinguere tra contratti ineseguiti e crediti/debiti contrattuali "puri" è d'altra parte sotteso un riscontro ulteriore, che deve porsi sul piano dello stadio di sviluppo della concreta relazione negoziale nel momento in cui avviene la cessione dell'azienda. Può così cominciare a profilarsi il corretto trattamento dei rapporti "non classificabili", sopra elencati.

E' esatto affermare che il contratto originariamente a prestazioni corrispettive, ma eseguito da una parte e non dall'altra, esce dall'ambito di applicazione dell'art. 2558; ciò perché esso non rappresenta più un rapporto, per l'appunto, in equilibrio economico. Se l'elemento decisivo, allora, è l'assenza di equilibrio, è chiaro che il punto in cui esso si rompe non è dato necessariamente dal completamento dell'una prestazione in esecuzione; solo se questa è istantanea (ad esempio, la consegna *uno actu* di una partita di merci), i due momenti coincidono; viceversa, quando l'esecuzione si protragga nel tempo (ad esempio, l'effettuazione di lavori di appalto), il punto di rottura, sul piano valutativo degli interessi delle parti coinvolte, precede l'integrale compimento della prestazione. Anche l'esecuzione

²⁹ Sul significato da attribuire a questa espressione, peraltro, v. meglio *infra*, nel par. successivo.

³⁰ Sul concetto, con specifico riguardo all'operatività dell'art. 2558, v. G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 73 ss.

parziale della medesima, cioè, è idonea a spingere la relazione contrattuale fuori dai confini di operatività dell'art. 2558, quando la porzione rimanente sia tale da non risultare più bilanciata con la controprestazione (ancora da compiere). Viene meno in tal caso, infatti, il presupposto della neutralità della successione, rispetto alla posizione e agli interessi tanto dell'acquirente dell'azienda come del terzo contraente, che giustifica e permette proprio la successione, superando l'eventuale ignoranza del primo circa l'esistenza del contratto e l'alterazione delle condizioni di garanzia patrimoniale a difesa del secondo, conseguente al mutamento soggettivo dal lato passivo del rapporto³¹.

Per le medesime ragioni, e per contro, un contratto in cui entrambe le prestazioni siano state parzialmente eseguite dalle due parti (ad esempio, un appalto in fase avanzata di compimento dei lavori, a fronte dei quali siano stati corrisposti adeguati acconti) può continuare a considerarsi in equilibrio ai fini dell'applicazione di tale articolo.

Il giudizio di bilanciamento economico si presta, in questa prospettiva, a meglio determinare la corretta collocazione anche dei rapporti di durata che prevedono prestazioni reciproche periodiche. Esso infatti misura l'equilibrio della relazione bilaterale nel suo complesso, senza isolare le diverse sezioni temporali che la formano e dunque senza scomporsi in giudizi separati per ciascuna di queste. Eventuali obbligazioni *in praeteritum* vengono dunque a rilevare come possibili elementi suscettibili di alterare l'equilibrio complessivo del rapporto e di portarlo fuori dal perimetro di applicazione della regola successoria. L'alternativa è conseguentemente tra il subentro del cessionario nell'intero rapporto (con liberazione dell'alienante anche per gli eventuali debiti pregressi e relativa responsabilità del primo indipendentemente dal ricorrere del presupposto dell'iscrizione nelle scritture contabili), e la permanenza del rapporto medesimo, sempre nella sua interezza e quindi anche per le coppie di prestazioni future, in capo all'alienante.

Il mutamento di prospettiva rispetto all'alternativa suggerita dalla visione centrata sulla corrispettività delle prestazioni è decisivo: debiti e crediti pregressi non vengono in rilievo come elementi residui di una relazione originariamente sinallagmatica, ma entrano in gioco come componenti della valutazione che investe il contratto nella sua globalità, sicché non si profila mai un problema relativo alla loro specifica sorte, mentre rimane sul tavolo (esclusivamente) quello concernente il destino del rapporto negoziale complessivamente considerato, destino che, proprio ed anche alla luce di essi, va (ri)messo in discussione.

³¹ *Contra*, però, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 151, il quale ritiene sempre operante l'art. 2558, per ragioni di certezza (la tutela del terzo contraente starebbe in tal caso nel diritto di recesso riconosciuto *ex lege*, che in generale, per l'autore, non determinerebbe l'estinzione del rapporto, ma la sua retrocessione all'alienante; l'interesse conoscitivo dell'acquirente resterebbe però comunque privo di protezione).

In questa medesima ottica va determinato *a fortiori* il trattamento altresì di quei rapporti di durata, nei quali la persistenza di passività pregresse non adempiute incide sul tenore delle relazioni sinallagmatiche destinate a svolgersi dopo il trasferimento dell'azienda (automatica decadenza dal diritto ad uno sconto, riduzione delle forniture successive e via immaginando). Se il cessionario dell'azienda subentra nel rapporto, perché l'equilibrio economico non è da reputare compromesso da debiti antecedenti residui, vi subentra senz'altro nei termini modificati per effetto dell'inadempimento anteriore al trasferimento.

Sin qui, il giudizio di bilanciamento misura le prestazioni principali dedotte in contratto. Tuttavia non è destinato a fermarsi ad esse, essendo chiamato ad indagare il peso economico della relazione bilaterale a tutti i livelli. E' quanto può accadere quando emergano obblighi sussidiari pure suscettibili, per la loro entità, di alterare sostanzialmente l'equilibrio nelle posizioni delle due parti, pur perfettamente simmetriche (in apparenza) sul piano delle prestazioni primarie. Pertanto, un contratto ad esecuzione periodica, ancorché (appunto) apparentemente adempiuto da entrambi i contraenti sino al momento della cessione d'azienda, è apprezzabile come non soggetto (nuovamente, nella sua interezza) alla regola di successione, quando, ad esempio, per effetto di un vizio in una partita di merci già fornita dall'alienante si profili a beneficio del terzo contraente un credito risarcitorio di dimensioni non trascurabili rispetto al valore delle prestazioni future³².

5. Il segno (positivo o negativo) dello squilibrio e le conseguenze sull'operatività dell'art. 2558.

In tutti i casi presi sino a qui in considerazione, alla disapplicazione della regola di successione codificata nell'art. 2558 ha condotto un esito del giudizio di bilanciamento sfavorevole, per così dire, al cessionario dell'azienda. Si tratta cioè di ipotesi in cui il peso delle passività scaturenti dalla relazione contrattuale è maggiore del peso degli elementi attivi, al punto da rompere l'equilibrio economico originario della relazione stessa. E', in effetti, il segno negativo dello squilibrio che fa venir meno la neutralità di una eventuale successione nel contratto, rispetto agli interessi rilevanti tanto di tale soggetto quanto del terzo contraente-creditore.

³² In tutti i casi sin qui esposti, non è escluso che l'acquirente ed il terzo diano comunque seguito al contratto, eseguendone le prestazioni relative al tempo successivo al trasferimento d'azienda (mentre l'alienante ne rimane estraneo). La volontà implicita in tale esecuzione vale allora a trasferire comunque il rapporto e la successione interessa anche le posizioni giuridiche antecedenti, dal momento che una scissione del rapporto stesso per sezioni temporali, pur in sé legittima, come si era rilevato (cfr. nuovamente K. LARENZ, *Lehrbuch*, cit., § 35.III, 618), richiederebbe una specifica volizione, in tal caso non ravvisabile. La "sopravvenienza" di passività pregresse, ignorate dall'acquirente, va trattata alla stregua di un errore sulle qualità dell'oggetto del negozio (del negozio di cessione del contratto), eventualmente rilevante secondo la disciplina generale (art. 1429).

Nulla esclude, d'altra parte, che uno squilibrio risulti, ma, viceversa, di segno positivo. Ponendo la questione della sorte del rapporto in termini analoghi: se l'acquirente subentri nel contratto globalmente inteso, se non vi subentri affatto, se il credito pregresso si scorpori dal medesimo. Anche qui è la stessa dualità tra art. 2558 e 2559, come viene correntemente e correttamente interpretata, a mettere sull'avviso: se dal contratto residua un credito "puro", non v'è successione nei termini previsti dal primo articolo e si entra nell'area d'azione del secondo.

Se allora quest'ultimo – come si era premesso – non disciplina un fenomeno di trasferimento *ex lege* dei crediti e tanto meno dei rapporti contrattuali in cui essi si innervano ed anzi ne postula, per così dire, l'assenza, tutte le relazioni negoziali intermedie tra i contratti in equilibrio e quelli ormai consistenti in un credito c.d. "puro" necessitano di essere collocate: al di là o al di qua del confine tra le due norme.

Si tratta di quei rapporti in cui lo sbilanciamento è determinato dalla sussistenza di una prestazione primaria pregressa, ancora ineseguita dal terzo contraente (dunque, appunto, di relazioni che si trovano ad uno stadio di esecuzione a cavaliere tra quelle in equilibrio, che si trasmettono, e quelle in cui non residuano prestazioni primarie a favore del terzo contraente – in questi termini traducendosi il concetto di credito "puro" –, che è acquisito non si trasmettano *ex lege*); e dei rapporti in cui il credito pregresso risale ad un obbligo sussidiario del terzo stesso (ad esempio, per avere fornito all'alienante dell'azienda una partita di merci viziata).

Ora, rispetto a questi contratti che presentano uno squilibrio di segno positivo per il cessionario dell'azienda, non ha senso di porsi un problema di neutralità nei termini in cui questa rileva quando il segno dello sbilanciamento sia negativo. Invero, non si profila alcuna esigenza di protezione del cessionario stesso di fronte al rischio di assunzione di poste passive non pareggiate e non conosciute; né l'esigenza di garantire al terzo la possibilità di neutralizzare il pregiudizio determinato dall'inadempimento della controparte. Le ragioni ostative all'applicazione dell'art. 2558, dunque, di per sé non sussistono. Tuttavia questo riscontro non basta a determinarne l'operatività, perché altrimenti la disposizione dovrebbe poter attrarre entro il proprio perimetro di azione anche i contratti con crediti residui "puri", la successione nei quali non è invece automatica. Il punto di osservazione va quindi mutato o, per meglio dire, allargato.

I due articoli in gioco compongono invero un piccolo *ensemble* normativo (l'art. 2560 a questo specifico fine può essere tralasciato) che, proprio per il fatto di definire per i contratti (in equilibrio) e i crediti contrattuali non bilanciati trattamenti differenziati, manifesta a monte un apprezzamento non uguale degli interessi nelle due ipotesi implicati. Si è detto che al vertice del microsistema codicistico sta l'interesse alla continuità dei rapporti d'impresa, pur variamente declinato. Ciò riflette

il fatto che il fenomeno negoziale regolato è un fenomeno di prosecuzione dell'impresa³³. L'interesse che presiede a tale microsistema è cioè intimamente connesso, diremo innervato, nella stessa funzione economico-giuridica della fattispecie disciplinata, la quale, per la via del trasferimento dei mezzi di produzione, è diretta a realizzare una vicenda di ideale continuazione, da parte dell'acquirente, dell'impresa servita da tali mezzi. In un simile scenario, gli artt. 2558 e 2559 si chiariscono nella loro portata.

Il primo realizza nella massima misura possibile, già lo si è detto, quell'interesse. Si parla tradizionalmente, a proposito della successione che vi è sancita, di una successione *ex lege*³⁴. In realtà l'effetto è strettamente correlato alla stessa volontà negoziale delle parti, quando la vicenda sostitutiva nell'impresa abbia carattere negoziale. In altre parole, non c'è dubbio che la continuazione dei rapporti d'impresa, in quanto corollario della funzione di una vicenda economica che può anche non dipendere da un accordo tra le parti (ci si occuperà più avanti di queste fattispecie: si pensi alla rivendicazione d'azienda³⁵), trova nella legge, che questa vicenda disciplina recependone giustappunto la funzione e favorendone la realizzazione, la propria fonte; ma, quando la vicenda medesima origini da un contratto, la volontà di far continuare l'acquirente nella serie imprenditoriale può ritenersi una volontà che non solo genera l'effetto traslativo dei mezzi di produzione, ma involge direttamente anche la continuazione dei rapporti d'impresa.

In questa prospettiva, l'art. 2558 si configura, rispetto al contratto di cessione d'azienda, come una norma la cui sicura portata integrativa non esclude l'esplicazione di una funzione al contempo interpretativa del negozio³⁶, giovando a leggere la volontà delle parti come diretta a provocare anche

³³ Per la delineazione dei termini esatti in cui questa affermazione va posta (una affermazione che nulla ha a che vedere con l'idea, di risalente memoria, di una successione in senso tecnico-giuridico nell'attività imprenditoriale, ma che qualifica il fenomeno circolatorio avente ad oggetto l'azienda come fatto d'impresa), rinvio a quanto esposto in altra occasione: M. CIAN, *L'azienda*, cit., 621 ss.

³⁴ Per tutti, con approfondimenti, G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 65 ss.; A. VANZETTI, *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi all'azienda ceduta*, in *Riv. soc.*, 1965, 513 ss.; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 140 ss.; GIO. FERRARI, voce *Azienda*, cit., 715, 717; F. FERRARA jr, *La teoria*, cit., 364, nt. 1; D. PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda*, Napoli, 1970, 56 s.; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, VII ed. a cura di M. Campobasso, Torino, 2013, 154.

³⁵ *Infra*, par. 9.

³⁶ In quest'ottica, la questione della riconducibilità dell'effetto circolatorio relativo ai contratti alla volontà negoziale o alla legge non deve essere assolutizzata. Come si è osservato, la disciplina codicistica riconosce nella vicenda regolata un fatto di continuazione della serie imprenditoriale nella sostituzione del suo referente soggettivo e vi ricollega effetti coerenti con tale funzione economica; ciò consente l'applicazione dell'art. 2558 anche in occasione di eventi non negoziali (*infra*), ma non impedisce di correlarlo alla volontà delle parti, quando l'accadimento gemmi da un contratto. Che in tal caso si debba qualificare il subentro nei rapporti in equilibrio come cessione o successione legale è problema fondamentalmente sterile. La dottrina se lo è talvolta posto, allorché, pur muovendo dalla tesi del carattere legale, ha distinto tra i contratti genericamente d'impresa (con la clientela ecc.) e quelli che procurano all'imprenditore il godimento di beni aziendali, i quali sono apparsi comunque direttamente investiti dalla volontà traslativa; con il conseguente problema se, ove dell'azienda faccia parte un immobile goduto in forza di locazione ultranovennale, occorra la forma scritta per il trasferimento dell'azienda stessa (G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 67 s.; in arg. v. anche i rilievi di F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 142 ss.). Il problema (comunque reputato superabile a prescindere: F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 145) appare espresso, in questa prospettiva, in modo non soddisfacente: non sembra invero doversi porre

il generico trasferimento dei rapporti in corso³⁷; e con una valenza allora regolatrice dei termini in cui questa volontà può esplicarsi; permettendo infine di realizzare l'effetto successorio nei confronti del terzo contraente, con il superarne l'ostacolo del mancato consenso.

In relazione ai crediti c.d. "puri", la volontà di continuazione dell'impresa si atteggia in modo diverso e più articolato. Tali possono essere posizioni giuridiche aventi ad oggetto un fattore della produzione (crediti funzionali) e allora la volontà negoziale, in quanto diretta a mettere l'acquirente nelle condizioni di continuare l'impresa, deve considerarsi con tutta evidenza ad esse estesa. Il credito si trasferisce contrattualmente, dunque, come si era segnalato; ma si trasferisce come credito, senza trascinare con sé il rapporto da cui origina, nel suo complesso (cosicché in special modo le azioni collegate a tale rapporto, per porsi dal punto di vista da cui comunemente la dottrina civilistica affronta il problema allorché si occupa della cessione del credito³⁸, non si "trasferiscono"). Altre posizioni rimangono invece estranee al complesso produttivo; tali sono in particolare i corrispettivi pecuniari dovuti all'imprenditore, il quale già abbia eseguito la propria prestazione caratteristica, fornendo al cliente il prodotto o il servizio della propria azienda. Il trasferimento di questi non può ritenersi implicato nella volontà di continuazione dell'attività³⁹, perciò richiederà eventualmente uno specifico accordo, il quale, nuovamente, avrà ad oggetto di regola il credito e non il rapporto contrattuale⁴⁰.

Nel suo complesso e nella specifica componente riguardante i crediti, questo ridotto *ensemble* normativo assume una valenza tutt'affatto peculiare nel documentare la stessa concezione che dell'impresa e delle sue vicende il sistema codicistico elabora e sviluppa al vertice. La continuità dei rapporti d'affari rappresenta un indicatore forte e preciso dell'oggettivazione dell'attività, cioè

in termini di esclusione reciproca l'alternativa tra il carattere legale del subentro nei contratti e la sua inquadrabilità entro il progetto negoziale voluto dalle parti, giacché la disposizione normativa esprime, chiarisce e (/ma) al contempo assorbe la volontà negoziale. Il riscontro della pertinenza dell'effetto successorio al programma economico-negoziale giova invece, come si viene illustrando nel testo, a delineare con maggiore coerenza il quadro regolatorio concernente le sorti del patrimonio d'impresa nelle sue diverse articolazioni, quadro che per converso rimane più difficilmente decifrabile finché si assume la radicale estraneità del patrimonio stesso a tale programma. Sul tema della valenza interpretativa o integrativa dell'art. 2558, con riguardo specie ai contratti aventi ad oggetto beni dell'azienda, v. inoltre [SPERANZIN] – TINA, *La cessione d'azienda*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Roppo e Benedetti, II, Milano, 2014, 251 ss.

³⁷ Si tratta di una volontà che, in questo senso, non deve necessariamente appuntarsi su ciascun singolo rapporto, ma che ha ad oggetto, per l'appunto, la generica prosecuzione dei rapporti d'impresa in corso, da parte dell'acquirente dell'azienda, come profilo esprime la continuazione dell'attività; si spiega così la circostanza del subentro di costui anche nei rapporti non conosciuti, rispetto ai quali pure può dirsi esistente, se si vuole *per relationem*, una volontà traslativa.

³⁸ Cfr. per tutti P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., *sub art.* 1263, 148 ss.; V. PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, cit., 865 s.

³⁹ La distinzione tra crediti funzionali e altri crediti è presente in dottrina, formulata in termini più o meno equivalenti: cfr. ad es. G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 122 ss., 248 ss.

⁴⁰ La cessione del contratto sarà possibile, in tal caso, nella misura in cui si reputi cedibile in generale un contratto già eseguito da una delle parti (nello specifico, tra gli autori già citati, v. A. ALBANESE, *Cessione del contratto*, cit., *sub art.* 1406, 182 ss.) ed eventualmente richiederà, a differenza della cessione del solo credito, il consenso del terzo.

dell'idea della medesima come realtà qualificata in base ad elementi oggettivi (il radicamento in un determinato e concreto contesto relazionale di mercato; il dipanarsi di uno specifico programma imprenditoriale) e giuridicamente rilevante come tale e non come semplice comportamento individuale (= come manifestazione inscindibilmente legata ad un determinato soggetto); è qui che trova spazio e valore giuridico il fenomeno della continuazione dell'impresa pur nel mutamento del suo referente soggettivo. D'altra parte, questa autonomia sul piano oggettivo non diviene un assoluto (per tacere del fatto che l'impresa non è eretta a soggetto): la regola, immanente al sistema, per cui i c.d. crediti "puri" non attinenti all'apparato produttivo in linea di principio non si trasferiscono, pur nascendo *nell'*impresa, testimonia il pensiero per cui i rapporti d'affari non sono *dell'*impresa e ne seguono dunque le sorti solo nella misura in cui ciò sia funzionale alla sua continuità e non collida con altri interessi.

In questa prospettiva, il destino dei rapporti che presentano al momento del trasferimento d'azienda un assetto di reciproche obbligazioni intermedio tra quelli in equilibrio e quelli in cui non residuano obbligazioni principali a carico dell'alienante va pertanto determinato secondo la volontà delle parti, orientandosi, nella definizione della sua portata, sulla scorta dei criteri immanenti alle due disposizioni e testé messi a fuoco. Si tratta non solo dei contratti con crediti *in praeteritum* a favore del titolare dell'azienda, ma di tutti quelli in corso, rispetto ai quali l'esecuzione della propria prestazione da parte dell'alienante si trovi ad uno stadio più avanzato di quella del terzo (lavori parzialmente completati, mentre il terzo committente non ha anticipato acconti); nonché di quelli in cui lo squilibrio di segno positivo sia determinato dalla sussistenza di obbligazioni sussidiarie a carico del terzo, generate dalla violazione di un'obbligazione primaria riferita al tempo precedente il trasferimento (come si era detto, ad esempio, un debito risarcitorio per i vizi di una partita di merci a suo tempo fornita all'alienante). Ora, in simili rapporti permane una componente direttamente pertinente allo svolgimento dell'attività, o in uscita (dal lato cioè del suo titolare, che debba ultimare la fornitura dei prodotti o dei servizi concordati), o in entrata (dal lato del terzo, che debba fornire un servizio o un bene strumentale), dunque una componente interessata dalla o incidente sulla continuazione dell'attività medesima; conseguentemente, la volontà tipica della fattispecie traslativa d'azienda, in quanto irraggiantesi sui rapporti d'impresa in corso nei termini sopra messi in luce, tocca e trae verso l'acquirente dell'azienda anche queste relazioni: le quali si devono reputare trasmesse ciascuna nella sua globalità.

A quest'ultimo riguardo qualche dubbio parrebbe per la verità sorgere, specie a proposito dei crediti pecuniari individuabili con precisione quali corrispettivi di prestazioni pregresse già eseguite dall'alienante e prive di connessioni con la fase esecutiva successiva al trasferimento dell'azienda; e vieppiù a proposito di crediti risarcitori già maturati o magari ancora da maturare, ma discendenti da

un inadempimento pregresso (si pensi sempre ai danni derivati dal vizio di una partita di merci). Il quadro in simili casi è complesso e orientarsi non è agevole. Parrebbe ipotizzabile anche un assetto negoziale tale da prevedere sì il subentro dell'acquirente d'azienda nel rapporto, ma la conservazione in capo al primo del (solo) credito. Ora, non è in discussione la legittimità di un simile assetto, se specificamente voluto dalle parti; il problema è individuare una soluzione persuasiva quando il contratto di cessione d'azienda non regoli segnatamente questo profilo e non fornisca elementi inequivoci per la sua regolazione.

Per quanto l'interrogativo presenti non trascurabili margini di incertezza, sembra in linea di principio maggiormente plausibile, alla stregua di quanto emergente dall'art. 2558, reputare implicitamente disposto il subentro integrale del cessionario nel rapporto: la scomposizione di quest'ultimo esigendo una puntuale volizione diretta a rompere, seppur solo parzialmente, un nesso con l'impresa e la sua continuazione altrimenti attrattivo del rapporto stesso nella sua globalità. In altre parole, di fronte alla generale volontà di passaggio delle relazioni commerciali al continuatore dell'attività, quale volontà tipicamente integrata nella fattispecie traslativa dell'azienda, quella di separazione dei crediti pregressi verrebbe a configurarsi come una scelta correttiva specifica: come tale bisognosa di un consenso circostanziato. Il che induce ulteriormente ad affermare che, dove le parti concordino proprio il mantenimento della titolarità del credito in testa all'alienante, debba applicarsi, quasi si trattasse di una sorta di cessione a rovescio, l'art. 2559 (= il terzo contraente che in buona fede paga il debito pregresso all'acquirente è liberato, ecc.).

E tuttavia questa conclusione non può essere applicata senza riserve. Vi sono invero crediti pregressi che presentano un preponderante e decisivo nesso con la persona dell'alienante. In tale novero rientrano in special modo i crediti da risarcimento per i danni "derivati" dai vizi della cosa venduta, alla stregua dell'art. 1494, co. 2, c.c.; a prescindere da qualsiasi considerazione in merito alla natura della relativa azione – com'è noto discussa⁴¹ –, la circostanza che il credito sia chiamato a neutralizzare un pregiudizio sofferto da beni dell'alienante estranei allo spettro di interessi implicati nella relazione contrattuale orienta verso la soluzione, opposta, della conservazione del credito stesso in capo a costui, salvo diverso, specifico accordo.

6. I rapporti eseguiti ma non esauriti.

⁴¹ In argomento, per tutti, A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da Schlesinger, Milano, 2014, 494 ss.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.* fondato da Vassalli, II ed., Torino, 1993, 984 ss.; B. AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi della cosa venduta*, in *Cod. civ., Comm.* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2012, *sub* art. 1494, 135 ss.; F. GALGANO, voce *Vendita (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 495.

Chiaro risulta a questo punto da quale parte del confine debbano collocarsi, da ultimo, i contratti eseguiti da entrambe le parti nelle prestazioni principali, ma non ancora del tutto esauriti nei propri effetti, ad esempio perché residuino o emergano posteriormente al trasferimento dell'azienda pretese risarcitorie a favore o nei confronti del terzo contraente.

In tutti i casi, si tratta di rapporti carenti di equilibrio economico e privi ormai di alcun nesso con la continuazione dell'impresa: come tali, destinati a non trasmettersi all'acquirente, né globalmente, né relativamente alle singole posizioni giuridiche che lo compongono, a meno che non sia diversamente disposto (e nei limiti in cui ciò possa essere disposto, secondo i principi generali) all'atto della cessione d'azienda.

In effetti, è solo perché le coordinate terminologiche offerte dal sistema normativo appaiono equivoche, che si riesce a comprendere come la giurisprudenza abbia talora potuto far propria, apparentemente senza coglierne le implicazioni nei riguardi delle disposizioni successive, una lettura estrema dell'art. 2558, attraendo entro il suo perimetro – secondo la formula adottata – tutti i rapporti contrattuali in qualsiasi fase della loro esistenza, purché non del tutto esauriti, e dunque anche se ormai ad uno stadio di mero contenzioso, posteriore all'esecuzione delle prestazioni principali da parte dei contraenti. La questione può avere principalmente e infatti aveva nelle fattispecie giudicate implicazioni processuali, restandone investita la posizione dell'acquirente d'azienda rispetto ad un giudizio promosso (prima del trasferimento) nei confronti dell'alienante⁴². Ma una lettura dell'art. 2558 così inclusiva riporta la questione della ricostruzione sistematica del *corpus* normativo cui esso appartiene al punto di partenza, consegnando gli artt. 2559 e 2560 alla sola sfera delle relazioni extracontrattuali, in un riassetto che neppure la giurisprudenza, a quanto consta, ha mai adombrato e che continua a rimanere stridente con il quadro degli interessi in gioco, da qualsiasi punto di vista vi si voglia guardare.

7. La disciplina dei contratti inceduti: l'art. 2560 e la responsabilità "in continuazione" dell'acquirente.

Il sistema di norme dedicato ai rapporti d'impresa non si limita a trattarne il profilo successorio, selezionando come e quali relazioni continuino nella medesima (= si trasferiscano all'acquirente dell'azienda) e quali no. A questa area disciplinare può essere ancora ricondotto l'art. 2559, che

⁴² Cass. 11 agosto 1990, n. 8219: nello specifico, l'acquirente di un'autovettura affetta da vizi aveva chiesto e ottenuto nei confronti della concessionaria la risoluzione del contratto di compravendita e la restituzione del prezzo; la sentenza era stata appellata dalla società che, nelle more del giudizio, era subentrata nella titolarità dell'azienda. Non è chiarissima, invece, la vicenda esaminata da Cass. 12 marzo 2013, n. 6107, che potrebbe anche riguardare il diverso caso di un'azione di condanna al pagamento di debiti *in praeteritum* nascenti da un rapporto di durata ancora in esecuzione.

definisce le modalità di circolazione dei crediti, ove questa si produca, ma non l'art. 2560. E' osservazione invero comune e già registrata che esso regoli esclusivamente il profilo della responsabilità esterna per il debito, senza investire quello propriamente successorio⁴³. Uno slittamento di piani tra le disposizioni che, come pure si è mostrato, rafforza nel convincimento che, al di fuori dello spettro dei rapporti in equilibrio economico soggetti alla regola traslativa dell'art. 2558, non vi sia trasferimento alcuno se non specificamente voluto dalle parti; e che al contempo segnala come il trattamento giuridico delle relazioni contrattuali non si esaurisca nell'imputazione della relativa titolarità (se al cessionario dell'azienda, se all'alienante), ma si sviluppi, in caso di mancata successione, su un secondo, distinto e logicamente successivo piano, su cui si selezionano le passività rispetto alle quali si produce comunque un fenomeno generalmente configurato come una sorta di accolto cumulativo *ex lege*⁴⁴.

Il quadro disciplinare sin qui delineato con riferimento ai contratti e alle relative posizioni giuridiche non è dunque ancora completo, dovendosi portare l'attenzione, una volta ricondotto un rapporto contrattuale al gruppo di quelli inceduti, verso questo secondo livello di azione del *corpus* codicistico. E' nuovamente il combinato operare degli articoli succitati rispetto alle fattispecie più tradizionali e di pacifico inquadramento a mettere sull'avviso. Se uno specifico rapporto contrattuale lasci al momento del trasferimento d'azienda una posizione debitoria "pura" a carico dell'alienante, non è solo l'art. 2558 a rilevare, con il negarne la trasmissione all'acquirente, ma pure, acquisito questo primo esito, l'art. 2560, con il sancire, se le condizioni sussistano, la corresponsabilità comunque del medesimo, pur nel permanere della titolarità del rapporto stesso in capo al cedente.

In termini generali, all'art. 2558 può allora essere riconosciuta una duplice valenza: positiva, per i contratti di cui decreta la successione; negativa, per gli altri. In questi termini, vi è un parziale e del tutto peculiare intreccio d'azione con l'art. 2560. Se l'art. 2558 esplica i propri effetti positivi, quest'ultimo rimane inattivo; quando viceversa la selezione in base al primo dà esito negativo, il secondo interviene, stabilendo le condizioni della responsabilità dell'acquirente.

L'insieme dei contratti inceduti, come si è visto, è peraltro molto eterogeneo e comprende un vasto spettro di rapporti, esteso ben al di là di quelli da cui scaturisce un debito "puro" nell'accezione tradizionale: rapporti, in particolare, in cui coesistono anche posizioni attive e dei quali pure, allora, acquisito che non si trasmettono, deve essere determinato se l'acquirente risponda per quanto riguarda

⁴³ Fra i molti, G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 137, ove ampi riferimenti; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 214 ss.; G. AULETTA, voce *Azienda*, cit., 22; G. PRESTI – M. RESCIGNO, *Corso*, cit., 55; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, cit., 158; in giurisprudenza, da ultimo, Cass. 30 giugno 2015, n. 13319.

⁴⁴ Ad es. F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 232; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 159 ss.; G. PRESTI – M. RESCIGNO, *Corso*, cit., 56; sul tema, ampiamente e per una diversa impostazione, U. MINNECI, *Trasferimento di azienda*, cit., 121 ss.

i relativi debiti (sussistendo in concreto il requisito contabile). Portare l'indagine sul secondo livello su cui si sviluppa il sistema codicistico in esame significa conseguentemente determinare i presupposti di operatività dell'art. 2560. Non cosa si debba intendere per iscrizione nelle scritture contabili obbligatorie; ma quale sia e quanto ampio sia lo spettro dei "debiti" (di fonte contrattuale) cui esso si applica.

Al riguardo, è bene muovere dall'assunto dell'imperatività di tale articolo. Un assunto pressoché unanime⁴⁵ e condivisibile: le due norme che lo compongono proteggono un duplice interesse del terzo creditore, come tale indisponibile dalle parti del contratto traslativo d'azienda. In particolare l'estensione della responsabilità sancita nel suo secondo comma soddisfa l'interesse al conseguimento della prestazione da parte di colui che, disponendo dell'apparato aziendale, è in condizione di adempiervi⁴⁶. E' per la verità diffusa (anzi, prevalente) una lettura alternativa della *ratio* della norma, intesa come presidio della garanzia patrimoniale generica dovuta al creditore in ragione della normale rilevanza dell'azienda entro il patrimonio del debitore⁴⁷. Si tratta tuttavia di una lettura che non è idonea a dare conto da un lato della limitazione della tutela ai soli debiti aziendali e dall'altro dell'estensione della responsabilità oltre il valore dell'*asset* trasferito all'acquirente⁴⁸. L'interesse creditorio protetto è in realtà e per l'appunto legato alla continuazione dell'impresa, sia che si tratti di un'obbligazione avente ad oggetto il prodotto o il servizio caratteristico dell'attività e dunque realizzato per definizione all'interno di questa, sia che si tratti di un'obbligazione pecuniaria, per il naturale legame tra il suo adempimento e i flussi di cassa generati dall'attività stessa⁴⁹. L'ambito e il tenore della responsabilità che la norma accolla al soggetto subentrante nell'impresa risultano in questa prospettiva omogenei con il quadro degli interessi delle parti coinvolte, se si considerano anche l'altro interesse del creditore (al mantenimento comunque della responsabilità del debitore originario) e quello dell'acquirente, pure più volte registrato, a non vedersi gravato di una posta economica di segno puramente negativo non conosciuta né conoscibile⁵⁰.

⁴⁵ D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 97; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 150; GIO. FERRARI, voce *Azienda*, cit., 702, 730; G. AULETTA, *Dell'azienda*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1947, sub art. 2560, 67 ss.; SPERANZIN – [TINA], *La cessione d'azienda*, cit., 282; G. U. TEDESCHI, *L'azienda*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 16****, II ed., Torino, 2012, 111; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 214; U. MINNECI, *Trasferimento di azienda*, cit., 109; isolata la tesi opposta: U. MORELLO, *Trasferimenti di azienda e sicurezza delle contrattazioni*, in *Contr. impr.*, 1998, 102 ss.

⁴⁶ Si attestano su queste posizioni F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 253; U. MINNECI, *Trasferimento di azienda*, cit., 110 ss.; M. PERRINO, *Le cessioni in blocco nella liquidazione coatta bancaria*, Torino, 2005, 185 s.

⁴⁷ Tra i molti G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 63 e 150 s.; cfr. pure D. PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 101 e 114; GIO. FERRARI, voce *Azienda*, cit., 730; G. U. TEDESCHI, *L'azienda*, cit., 111; in giurisprudenza, Cass. 30 giugno 2015, n. 13319.

⁴⁸ M. CIAN, *L'azienda*, cit., 646.

⁴⁹ Per quest'ultima specifica osservazione cfr. anche F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 233.

⁵⁰ Il gioco degli interessi implicati porta al confezionamento di una disciplina che si presta certo di per sé ad abusi (cessione di azienda preordinata, grazie al combinato effetto di una irregolare tenuta della contabilità, alla sottrazione di beni ai creditori), come nel caso esaminato da Trib. Reggio Emilia 16 giugno 2015, in *Contr.*, 2015, 969 ss. e come evidenziato da C. AMATUCCI, *Trasferimento del ramo d'azienda, sorte del debito risarcitorio (per illecito da revisione contabile) e*

Stabilita la perimetrazione per così dire esterna della responsabilità in corrispondenza (e in funzione) della pertinenza dei debiti all'impresa, questo quadro di interessi deve segnare anche la portata interna della disposizione, orientando nell'individuazione delle eventuali caratteristiche che i debiti d'impresa debbono possedere perché l'accollo *ex lege* operi. Una di esse è nella stessa legge, consistendo nella registrazione nelle scritture contabili obbligatorie. Una seconda è determinata dal raccordo con l'art. 2558: il debito non deve appartenere ad un rapporto contrattuale in equilibrio economico. La ricerca di ulteriori requisiti richiede una ricognizione maggiormente analitica all'interno dell'insieme rimanente.

Se complessivamente residuano, invero, tutti i debiti iscritti nascenti da contratti inceduti, la mancata successione può dipendere però da fattori diversi. Può trattarsi di contratti a carattere personale. Di contratti privi di bilanciamento. Di contratti di per sé suscettibili di trasmissione, ma esclusi dal trasferimento per volontà dell'alienante e dell'acquirente. A loro volta, i contratti possono avere carattere personale perché la prestazione attesa dal terzo contraente è oggettivamente o soggettivamente infungibile (secondo la ben nota ricostruzione della figura, difesa dalla dottrina dominante⁵¹: contratti personali nell'interesse del terzo); o (se se ne accetta questo ampliamento), perché si tratta di un contratto sproporzionato rispetto a qualsivoglia logica di gestione imprenditoriale calibrata sulle dimensioni dell'attività "trasferita" (qui la personalità sarebbe propria della scelta negoziale compiuta dall'alienante e l'esclusione dalla successione sarebbe posta nell'interesse dell'acquirente⁵²). I contratti privi di bilanciamento, poi, possono consistere, come si è già sottolineato, in un debito "puro" nell'accezione comune, oppure in un fascio di obbligazioni ancora reciproche.

Al cospetto di questo articolato quadro, la ricostruzione del sistema normativo proposta tradizionalmente sembra procedere secondo schemi la cui eccessiva semplificazione è stata già sottolineata: all'affermazione secondo cui l'art. 2560 concernerebbe i c.d. debiti "puri" è sicuramente sottesa l'idea che ciascuno dei tre articoli abbia aree di applicazione prive di reciproche intersezioni; cosicché, tripartito il patrimonio d'impresa nelle fattispecie dei contratti ineseguiti, dei crediti e nei debiti "puri", e sussunto lo specifico rapporto in una di esse, non resterebbe che verificare se si

tutela sostanziale dei creditori, in *Giur. comm.* 2006, II, 143 ss., part. 154 ss., a commento di Trib. Milano, 10 aprile 2004 (il che, sia detto per inciso, non dimostra che la funzione della responsabilità "in continuazione" è la conservazione della garanzia patrimoniale del creditore); la repressione dell'abuso va cercata, e può essere sicuramente trovata, nei comuni strumenti giuridici a disposizione a questo scopo.

⁵¹ G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 82 ss.; A. VANZETTI, *Osservazioni*, cit., 539 ss.; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 162 ss.; GIO. FERRARI, voce *Azienda*, cit., 720 ss.; G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., sub art. 2558, 56; SPERANZIN – [TINA], *La cessione d'azienda*, cit., 276 s.; Cass. 25 luglio 1978, n. 3723, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 1129.

⁵² Cfr. M. CIAN, *Rapporto fideiussorio e trasferimento dell'azienda*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 555 ss.; ID., *La "circolazione" dell'impresa: il trasferimento dell'azienda*, in *Diritto commerciale*, a cura dello stesso, I, II ed., Torino, 2017, 157, ove ulteriori ragguagli; in senso critico, peraltro, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 164.

inneschino o no gli effetti previsti dall'articolo abbinatovi, in ragione del sussistere o meno delle condizioni interne ad esso. Una visione corretta solo finché rileva che i tre articoli agiscono alternativamente (se si verifica la successione *ex art. 2558* non opera l'*art. 2560* e viceversa); ma sotto ogni altro profilo parziale.

Alla luce degli interessi protetti dall'*art. 2560*, co. 2 (questa essendo la disposizione ora rilevante: la permanenza della responsabilità dell'alienante deriva già dall'inoperare dell'*art. 2558*), non sembra in particolare potersi rinvenire motivo alcuno di assumere a principio la limitazione della corresponsabilità dell'acquirente ai soli rapporti inceduti originanti, o ormai consistenti in, un debito "puro", L'interesse del creditore, che collega l'adempimento della prestazione dovutagli alla continuazione dell'impresa, si profila nella quasi totalità delle ipotesi poc'anzi illustrate, con l'eccezione dei soli debiti aventi ad oggetto prestazioni oggettivamente infungibili o soggettivamente considerate tali (dunque nascenti da contratti aventi carattere personale nell'interesse del terzo contraente; nel caso di prestazione oggettivamente infungibile, la sua esecuzione da parte dell'acquirente sarebbe persino in fatto impossibile); l'inderogabilità della disposizione, poi, e dunque l'indisponibilità dell'interesse del creditore orientano senz'altro verso l'operatività della regola dell'accollo in tutte queste ipotesi⁵³. Al contempo, la posizione dell'acquirente rimane protetta dal requisito dell'iscrizione che pure, naturalmente, deve sussistere in ogni caso e non solo quando il debito sia "puro" nel senso comune⁵⁴.

Il trattamento dei rapporti contrattuali d'impresa, che così si delinea, si rivela affatto significativo. Avendo come punto di riferimento gli interessi collegati al mantenimento della relazione nel contesto dell'attività, la disciplina viene ad articolarsi, per così dire, per fasi, perseguendo la loro protezione in due momenti successivi e, in ciascuno di essi, da un punto di vista e con un'intensità diversi. Su

⁵³ La dottrina si è talora occupata del problema, con riferimento ai contratti inceduti per accordo tra alienante e acquirente: in arg. v. G. AULETTA, voce *Azienda*, cit., 18, nel senso dell'operatività della norma; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 160 s., per una soluzione articolata, che distingue tra i casi in cui il contratto preveda l'esecuzione contestuale delle prestazioni e quelli in cui la prestazione a carico del terzo vada eseguita anticipatamente.

⁵⁴ Il requisito dell'iscrizione, d'altra parte, limita significativamente il novero dei debiti accollabili anche in base alla loro posizione in seno al rapporto contrattuale e per tal via riduce la misura di proteggibilità dell'interesse del creditore all'esecuzione della prestazione nel contesto dell'impresa, parallelamente contenendo la proiezione nel tempo degli impegni cui l'acquirente può rimanere soggetto; ciò per ragioni di tecnica redazionale delle scritture contabili, le quali, in particolare, non registrano le coppie di prestazioni future legate sinallagmaticamente. Si tratta di un profilo di particolare rilevanza per il tasso di incidenza sulla portata stessa dell'*art. 2560*, co. 2; ad esempio, qualora le parti escludessero volontariamente la successione di un rapporto di fornitura o di locazione destinato a protrarsi a lungo oltre il tempo della cessione d'azienda, l'acquirente non sarebbe chiamato a rispondere delle passività posteriori, né la carenza della relativa registrazione potrebbe essere colmata assumendo la sufficienza dell'iscrizione dei canoni/corrispettivi riferiti al periodo precedente la cessione, poiché tale iscrizione non è espressiva della durata del rapporto e non appare plausibile gravare l'acquirente dell'onere di ricercare altrove una simile informazione (sulla non integrabilità dei dati risultanti dai libri contabili con elementi ad essi estranei, in generale, v. Cass. 21 dicembre 2012, n. 23828). Tuttavia, il limite che così viene a determinarsi nell'operare della norma e la forte selezione entro l'insieme delle obbligazioni inerenti l'impresa non appaiono idonei a ridefinire i termini fondanti del principio in essa enunciato, in quanto non immanenti al medesimo, ma dipendenti da un fattore esogeno (tecnico-contabile, per l'appunto).

un piano logico, prima interviene l'art. 2558 e la sua regola di conservazione piena e senza correttivi, ma disponibile, del rapporto in seno all'impresa. Se l'effetto successorio che esso dispone può operare e le parti del trasferimento d'azienda non impediscono che operi, la funzione del pacchetto disciplinare è assolta in modo completo, nell'interesse di ciascuno dei tre soggetti coinvolti. Se non opera, la legge isola, fra i tre, l'interesse del solo terzo e reinnesca, questa volta allora inderogabilmente, un meccanismo che persegue la medesima funzione di sua protezione, ma con un diverso strumento giuridico (che si potrebbe definire di responsabilità "in continuazione") e nei limiti in cui non sia necessario presidiare il confliggente interesse conoscitivo dell'acquirente. Questo meccanismo è idoneo ad agire dunque per le obbligazioni inerenti a tutti i contratti inceduti, con l'unica eccezione sopra indicata, e indipendentemente dal fatto che il debito sia esigibile o meno al momento del trasferimento dell'azienda, a riprova del fatto che l'accollo è destinato a farne salva la connessione anche prospettica con l'impresa.

Il punto è cruciale. Il rapporto nasce nell'impresa e in seno alla stessa è, nel momento in cui si costituisce, destinato a trovare esecuzione. La disciplina agisce dunque, al verificarsi di una vicenda di sostituzione nella conduzione dell'attività, incidendo sulla componente soggettiva con l'obiettivo, al vertice, di far sì che il continuatore dell'impresa mantenga gli impegni commerciali assunti e le relazioni commerciali costituite, *sino al loro naturale compimento*. Vi è, dunque, un principio di idealmente illimitata proiezione temporale del collegamento tra l'impresa e i relativi rapporti. Non trattandosi peraltro di una connessione consustanziale al rapporto, cioè essenziale al suo svolgimento, né consustanziale all'azienda, trovano posto anche regole diverse, tra le quali quella della perimetrazione dell'accollo alle risultanze contabili, in particolare, è idonea ad incidere in misura significativa proprio sull'elemento temporale, disattivando la responsabilità "in continuazione" in molti e rilevanti casi⁵⁵.

8. *Le vicende sostitutive diverse dalla cessione dell'azienda. A) La gestione altrui per concessione (usufrutto e affitto).*

Il *corpus* codicistico esprime tutte le sue potenzialità, nella direzione della continuazione dei rapporti d'affari in seno all'impresa, al cospetto delle *vicende traslative* dell'azienda. Un fenomeno di sostituzione nell'attività può d'altra parte realizzarsi anche per effetto di accadimenti diversi, negoziali e non: disciplinate normativamente sono alcune operazioni di sostituzione temporanea (affitto, usufrutto), cui possono accostarsene altre, di tenore analogo; ulteriori vicende sono

⁵⁵ V. *supra*, nota precedente.

ipotizzabili e pongono questioni simili in quanto investano un complesso produttivo e determinino nei fatti un fenomeno equivalente di avvicendamento nella conduzione di un'attività concretamente definita da un dato contesto relazionale e programma imprenditoriale (usucapione, rivendicazione, ecc.)⁵⁶. Tutti questi eventi sollecitano gli interessi che sono legati al patrimonio d'impresa, ma, integrando una sostituzione nell'attività di tenore diverso da quella che si produce con una cessione dell'azienda, richiedono una declinazione (in tutto o in parte) speciale dei principi legislativi che alla protezione di quegli interessi presiedono; di tale specialità dà conto lo stesso testo normativo, per le operazioni che vi trovano espressa regolazione.

Anzitutto, la concessione in godimento dell'azienda è fenomeno che si caratterizza per la temporaneità della vicenda sostitutiva. Essa dunque implica un doppio avvicendamento successivo nell'esercizio dell'impresa, per il che la disciplina concernente la sorte delle relazioni d'impresa deve reagire in ragione non solo della natura di esse, ma anche della natura e della collocazione temporale dell'evento. Gli artt. 2558 ss., che pur trattano l'operazione, presentano al riguardo un quadro regolatorio con le medesime opacità di quello relativo alle vicende traslative e per di più incompleto.

La disciplina della fase costitutiva si caratterizza, dall'un lato, per un assecondamento meno intenso dell'interesse all'esecuzione del rapporto nell'impresa e, dall'altro lato, per l'attivazione di meccanismi circolatori delle relazioni implicate non omogenei alla formula circolatoria viceversa investente l'apparato produttivo. E' disposto invero il trasferimento dei contratti e prevista l'eventualità di una "estensione" dell'usufrutto ai crediti; al contempo viene sancita *a contrario* (almeno stando al testo) l'irresponsabilità dell'usufruttuario/affittuario per i debiti.

Scontato che le tre nozioni vanno intese esattamente come nel caso della cessione d'azienda, spicca, sotto il primo profilo, il gioco di rimandi e disallineamenti rispetto alle disposizioni principali (che sono quelle che della cessione si occupano), cui gli articoli procedono. All'identità di trattamento dei contratti (cioè, qui come lì, dei rapporti in equilibrio economico), ove si realizza l'interesse predetto in tutta la sua pienezza, fanno da contrappunto la puntualizzazione circa l'assenza di automatismi nella sorte dei crediti (art. 2559, co. 2), che invece le norme principali non contengono⁵⁷, e la diretta esclusione di operatività dell'art. 2560, per effetto della mancanza di contemplazione, nello stesso, delle vicende costitutive dell'usufrutto/affitto.

⁵⁶ Sul valore che possono assumere questi fenomeni rispetto all'impresa e, conseguentemente, sulla loro possibile rilevanza in vista dell'applicazione della disciplina sull'azienda v. *infra*, par. successivo, per i necessari rinvii.

⁵⁷ E' noto che proprio dalla contrapposizione testuale tra primo e secondo comma si è talora tratto argomento per asserire l'automaticità della cessione dei crediti nel caso del trasferimento dell'azienda: FERRARA JR, *La teoria*, cit., 354, nt. 3; l'argomento è ripreso da M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., 825, ma criticato da G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 118.

Per quanto riguarda i crediti, in realtà, il disallineamento è solo apparente e la norma non fa che esplicitare il principio che presiede in generale alla loro sorte. Anche nel caso della concessione in godimento, devono intendersi senz'altro attribuiti (nei termini di cui si dirà) all'usufruttuario/affittuario, gestore *pro tempore* dell'impresa, in quanto investiti dalla volontà negoziale o comunque strumentali alla realizzazione della funzione tipica dell'operazione, i crediti aventi ad oggetto beni appartenenti al o destinati ad entrare nell'apparato produttivo; ogni altro credito rimane viceversa estraneo alla vicenda, salvo diversa volontà delle parti.

La disciplina dei debiti segna invece una reale discontinuità tra le fattispecie. Il tenore letterale è inequivoco nel senso di riferire la responsabilità "in continuazione" alle sole vicende traslative della titolarità piena dell'azienda e dunque al solo acquirente in senso stretto della medesima⁵⁸. La singolarità rappresentata dall'assenza di riferimenti alle concessioni in godimento, che distingue sul punto l'art. 2560 dai precedenti, preclude altresì il ricorso all'analogia⁵⁹; cosicché tale responsabilità senz'altro non si attiva a carico dell'usufruttuario/affittuario. L'interesse del creditore a ricevere la prestazione nel contesto dell'attività, dunque, qui non riceve protezione.

Le ragioni di questa discontinuità normativa non possono essere ravvisate in una minore emergenza di questo interesse. E' piuttosto la temporaneità della vicenda, in correlazione con l'esigenza di tutelare al contempo l'interesse conoscitivo e valutativo del recettore dell'azienda, a precludere l'adozione di una regola analoga a quella stabilita per i trasferimenti in via definitiva. Se, in linea di principio, una responsabilità "in continuazione" dell'usufruttuario/affittuario non comprometterebbe quest'ultimo interesse (che, nella fase costitutiva, è proprio di tale soggetto, il quale dunque potrebbe senz'altro determinarsi, nell'addivenire all'operazione, anche in base al peso delle passività cui rimarrebbe esposto), il pregiudizio non sarebbe evitabile nella fase estintiva, quando il corrispondente interesse pertiene al concedente cui l'azienda ritorna e cui non è per definizione lasciato alcuno spazio valutativo quanto alla reimmissione nell'impresa. Il meccanismo dell'art. 2560, co. 2, non potrebbe che avere dunque una operatività parziale (unidirezionale), per il che la legge opta per lasciarlo in assoluto inattivo⁶⁰, al fine di evitare discontinuità di trattamento tra i due momenti in cui la vicenda è

⁵⁸ Questa lettura dell'art. 2560 è sostanzialmente (pur con qualche eccezione: U. MINNECI, *Trasferimento di azienda*, cit., 114 ss.) unanime: per tutti, G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 254 ss.; F. FERRARA jr, *La teoria*, cit., 401; GIO. FERRARI, voce *Azienda*, cit., 738; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 305 ss.; A. DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, Milano, 1950, 270 ss.; G. RACUGNO, *Debiti e scritture contabili nel trasferimento d'azienda*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 1008.

⁵⁹ Nel medesimo senso ancora G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 255, ma per altre, non condivisibili ragioni e in particolare perché in caso di concessione in godimento non si profilerebbe con la medesima intensità l'interesse del creditore a conservare la garanzia patrimoniale offerta dal complesso aziendale, che la disposizione proteggerebbe.

⁶⁰ Solo per i debiti nascenti da contratti di lavoro, per la preminenza dell'interesse implicato, l'art. 2112 estende all'usufruttuario/affittuario la responsabilità originariamente in capo al concedente; e la norma è intesa, benché non siano mancate posizioni critiche, come operante anche in direzione contraria, accollando a quest'ultimo i debiti inerenti ai contratti con il personale, stipulati dal primo: per tutti cfr. G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 258 ss., ove ulteriori riferimenti.

scandita. D'altra parte, esso avrebbe dovuto ricevere dei correttivi anche riguardo ad una ipotetica responsabilità "in continuazione" dell'usufruttuario/affittuario, la quale invero, proprio in quanto legata all'esercizio dell'impresa, avrebbe dovuto essere configurata come una responsabilità a tempo, impedendo inoltre in ogni caso, conseguentemente, la liberazione dell'alienante enunciata come eventualità nel primo comma.

Viene così a delinarsi in generale un sistema che, sul piano funzionale, si pone sulla medesima linea direttrice di quello principale, ma se ne discosta parzialmente in ragione delle peculiarità della fattispecie. Un secondo profilo di specialità si colloca poi, come si era anticipato, sul versante del tipo di meccanismo circolatorio azionato. Alla vicenda che investe il (solo) godimento del complesso produttivo si accompagna invero un mutamento nella *titolarità* dei rapporti contrattuali: il subentro dell'usufruttuario/affittuario in essi, disposto dall'art. 2558, configura senz'altro una *successione*, alla stessa stregua di quella prodotta dal trasferimento in proprietà dell'azienda⁶¹. Questo slittamento di piani manifesta (assieme ad altri elementi disciplinari) la logica ricostruttiva della fattispecie che è sottesa al sistema di norme dedicato all'azienda, una logica la quale, essendo centrata non già sull'evento circolatorio bensì – come più volte si è detto – su quello di sostituzione nell'impresa, porta il legislatore a declinare le modalità e il tenore del primo in funzione della realizzazione del secondo (e *non viceversa*) e dunque in termini che possono differenziarsi all'interno della stessa vicenda, a seconda della tipologia di componente inerente all'impresa, da attribuire "in continuazione". Tale circostanza è suscettibile di orientare allora nell'inquadramento del fenomeno circolatorio – di più incerta definizione – che investe (nella misura in cui, come si è visto, li investe) i crediti. Al riguardo, la formula dell'art. 2559 è ambigua: l'"estensione" dell'usufrutto ai medesimi può essere invero intesa in un duplice senso, proprio per il molteplice tenore dei meccanismi attributivi che la vicenda innesca quando abbracci l'uno o l'altro elemento patrimoniale dell'attività. Tra le due tesi prospettabili (usufrutto con potere di disposizione, trasferimento del credito)⁶², e ferma restando la libertà negoziale delle parti in proposito, la seconda, pur nell'incertezza del tema, parrebbe lasciarsi preferire proprio per la linearità rispetto all'art. 2558.

In generale, affinché operi l'art. 2112 (con la norma relativa alla responsabilità incondizionata dell'acquirente anche per i debiti relativi ai periodi precedenti il trasferimento dell'azienda), deve trattarsi, secondo la giurisprudenza, di rapporti di lavoro vigenti e non già cessati in tale momento; dei debiti residui, ove il rapporto fosse già cessato, l'acquirente risponderebbe invece alle condizioni previste dall'art. 2560 (e dunque ovviamente non risponderebbero mai l'usufruttuario e il concedente): v. Cass. 6 marzo 2015, n. 4598; Cass. 29 marzo 2010, n. 7517; Cass. 19 dicembre 1997, n. 12899; Trib. Brindisi, 27 marzo 2009, *iusexplorer.it*; Trib. Milano, 25 ottobre 2001, *iusexplorer.it*; ma in dottrina v. F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 243 ss.

⁶¹ Cfr. A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 262 s.; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 240 ss., per ulteriori riferimenti e per la critica all'opposta tesi di F. FERRARA jr, *La teoria*, cit., 397 s.

⁶² Per i relativi riferimenti v. G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 251 s.

Tale è complessivamente, dunque, la disciplina nella fase costitutiva del rapporto di godimento. La temporaneità del medesimo, come si era sottolineato, sollecita d'altra parte una regolazione delle sorti del patrimonio d'impresa anche nella fase estintiva. Al riguardo il codice è assai povero, giacché il solo dato normativo disponibile è rappresentato dall'esplicita provvisorietà del subentro dell'usufruttuario/affittuario nei contratti già facenti capo all'alienante ("per la durata dell'usufrutto e dell'affitto", art. 2558, co. 3), che ne implica la retrocessione a quest'ultimo⁶³, nel caso in cui essi sopravvivano alla cessazione del rapporto di godimento dell'azienda. Il quadro è però, come sempre, assai più complesso.

Si complica infatti anzitutto perché le relazioni patrimoniali trasferitesi nella fase costitutiva e ancora non esaurite possono avere mutato configurazione: segnatamente, i rapporti originariamente in equilibrio economico e per questo soggetti a successione potrebbero ormai consistere in un solo credito o debito, o essere comunque privi di bilanciamento. In secondo luogo, non si tratta di regolare solo la sorte dei rapporti antichi, essendo normale la sopravvenienza di nuove relazioni patrimoniali costituite dall'usufruttuario/affittuario, a loro volta non esaurite al tempo della restituzione dell'azienda. Il sistema disciplinare deve risultare dunque corrispondentemente articolato.

Con riferimento ai rapporti già facenti capo al concedente (e ancora in essere), deve ritenersi che le regole rispettino la consueta tripartizione, agendo diversamente su quelli in equilibrio (che retrocedono al concedente, come si è detto), sui crediti (che pure retrocedono, in quanto abbiano ad oggetto componenti dell'apparato produttivo) e sui debiti (non toccati dalla vicenda, ora come allora), peraltro secondo l'assetto economico che ciascuno in concreto presenta al momento della restituzione dell'azienda. Il principio di transitorietà del subentro, enunciato, nell'art. 2558, co. 3, non è dunque assoluto, ma riguarda i soli contratti che versino ancora in una situazione di equilibrio in questo momento. In particolare, ove residui esclusivamente un debito (ad esempio, al pagamento degli ultimi canoni di locazione dei locali fruiti per l'azienda) o residuino passività pregresse tali da rompere nei termini già illustrati detto equilibrio, non vi sarà ritorno del rapporto nella sfera giuridica del concedente, né si produrrà a suo carico alcun accollo, non operando l'art. 2560; ove residuino solo crediti, essi retrocederanno a costui, se la prestazione attesa rappresenti un fattore della produzione⁶⁴, non invece, salvo diverso accordo, in caso contrario (ad esempio, per avere eseguito l'usufruttuario la prestazione caratteristica dell'impresa a favore del cliente, sopravvivendo solo il diritto al corrispettivo). L'eventuale plusvalore che in questo contesto si producesse (ad esempio, per il

⁶³ Per tutti, A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 432; SPERANZIN – [TINA], *La cessione d'azienda*, cit., 286.

⁶⁴ Analoga retrocessione del credito funzionale si verifica, qualora il rapporto presenti al contempo posizioni debitorie soverchianti il valore della prestazione attiva attesa e per questo non si ritrasferisca al concedente nel suo complesso.

subentro del concedente in un credito funzionale) andrà regolato internamente, come differenza tra le consistenze d'inventario.

Quanto alle relazioni d'affari costituite dal gestore *pro tempore* e ancora in essere alla cessazione del godimento, si attivano meccanismi analoghi: subentro del concedente nei rapporti in equilibrio⁶⁵, trasferimento al medesimo dei (soli) crediti funzionali, mentre nessuna responsabilità "in continuazione" grava su di lui per i debiti⁶⁶. In ordine ai contratti (e con la consueta eccezione di quelli di lavoro), agisce anche qui come limite la personalità del rapporto: per contratto personale dovendosi intendere sempre non solo quello che è tale nella prospettiva del terzo (per essere la prestazione dallo stesso attesa oggettivamente o soggettivamente infungibile), ma anche quello estraneo a qualsivoglia logica di gestione imprenditoriale calibrata sulla natura e sulle dimensioni dell'attività (esclusione nell'interesse del concedente)⁶⁷. A proposito dei crediti funzionali, infine, sembra non utilmente posto il problema della loro titolarità in costanza dell'usufrutto/affitto⁶⁸. Com'è noto, in aderenza al meccanismo circolatorio agente sui beni di proprietà (per i quali si ritiene che, come per quelli originari, anche per quelli immessi dall'usufruttuario il concedente acquisti *ab origine* la nuda proprietà), si assume che pure dei crediti costituiti dal primo il secondo consegua immediatamente la nuda titolarità, fermo il potere di esazione e disposizione dell'usufruttuario stesso, sino alla restituzione dell'azienda; senonché, come la rottura dello schema nuda proprietà – usufrutto è sancita normativamente per i contratti, e come per i crediti originari si può conseguentemente assumere che, quando investiti dall'usufrutto, escano interamente dalla sfera giuridica del concedente e si trasferiscano nella piena titolarità del gestore *pro tempore* dell'impresa, così dei crediti costituiti da costui si deve affermare che gli appartengono in via esclusiva, fino a quando, con la cessazione del godimento, si trasmettono al concedente⁶⁹.

9. (segue) *B) Le vicende diverse dalle sostituzioni a titolo derivativo: cenni.*

⁶⁵ Per tutti, A. DE MARTINI, *L'usufrutto*, cit., 440 s.

⁶⁶ Per quest'ultimo assunto v. pure Cass. 8 maggio 1981, n. 3027.

⁶⁷ Pur senza pervenire ad una loro riconduzione nel novero dei contratti personali e pur mettendo in campo uno strumento diverso, e precisamente riconoscendo al concedente una facoltà di respingimento del rapporto (con propria dichiarazione unilaterale), anche altri autori assicurano al medesimo l'immunità dai contratti abnormi, conclusi dall'usufruttuario/affittuario: cfr. G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 245 ss.; GIO. FERRARI, voce *Azienda*, cit., 738.

⁶⁸ Sul punto G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 252 ss.

⁶⁹ Il combinato operare di meccanismi circolatori distinti non depaupera in alcun modo l'azienda sottraendole sul piano giuridico i beni oggetto di diritti personali di godimento, perché non spezza il nesso relazionale tra questi diritti, pur trasferiti in piena titolarità all'usufruttuario/affittuario, e l'impresa, nesso che è destinato ad esplicare i propri effetti nella fase restitutoria riportando automaticamente tali diritti nella sfera giuridica del concedente. L'idea che il riconoscimento a quest'ultimo della nuda titolarità dei crediti funzionali (originari e di nuova costituzione) sia strumentale a conservare al concedente la propria posizione sul complesso produttivo sembra adombrata da G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 253.

Il quadro sistematico non è completo se non si considerano le vicende non normate, che pure possono investire un'azienda. Letteratura e giurisprudenza hanno esaminato diverse fattispecie, di carattere sostanziale e processuale, tra le quali alcune affatto peculiari e irriducibili agli eventi di sostituzione nell'impresa a titolo derivativo, su cui è costruita la disciplina codicistica: dall'usucapione alla rivendicazione, alle azioni possessorie, e via elencando⁷⁰.

La stessa possibilità di configurare un fatto riconducibile a tali istituti e suscettibile di investire unitariamente un'azienda è peraltro, com'è ben noto, controvertibile; e se poi si tratti di un fatto tale da sollecitare l'applicazione, in tutto o in parte, della disciplina relativa alla circolazione d'azienda è pure tema estremamente complesso.

La sua analisi non può essere affrontata qui *ex professo*, neppure limitatamente allo specifico profilo attinente alle implicazioni che simili vicende possono avere sull'operatività del sottogruppo di norme dedicate ai rapporti d'impresa. D'altra parte, anche quando si possa ritenere coinvolta un'azienda, non si tratta di vicende riconducibili nell'insieme ad un modello unitario e perciò non possono formularsi regole di applicazione della relativa disciplina valide in generale. Basti qui allora osservare che può peraltro individuarsi un parametro orientativo unico e perciò costante nella selezione delle disposizioni richiamabili, parametro che si deve fondare sulla ricognizione degli interessi collegati a ciascuna, specifica tipologia di fattispecie, raffrontati con quelli sottesi ad ognuna delle norme codificate.

In questa prospettiva, maggiori attitudini espansive presenta senza dubbio la regola di subentro nei contratti, sia per la convergenza, riguardo ad essi, degli interessi di tutte e tre le parti coinvolte, sia per l'esplicita vocazione del meccanismo successorio ad attivarsi in occasione tanto delle vicende traslative, quanto di quelle legate ad una gestione altrui dell'impresa. E' per tali ragioni che, in particolare, nella misura in cui un apparato produttivo possa trovarsi ad essere oggetto di un'azione di rivendicazione, l'art. 2558 è idoneo ad operare nei confronti del rivendicante, trasferendo nella sua sfera giuridica i rapporti in equilibrio economico *medio tempore* costituiti dal terzo gestore, al fine di assicurare una più completa realizzazione dell'effetto restitutorio in vista della reimmissione del rivendicante stesso nello spazio d'impresa servito dall'azienda⁷¹.

Ciò non implica peraltro che tale articolo abbia una capacità applicativa illimitata. Esso suppone infatti sempre che la vicenda profili un evento preordinato alla sostituzione nell'attività e dunque

⁷⁰ Rinvio per i necessari approfondimenti e richiami bibliografici e giurisprudenziali (che qui di seguito verranno dunque al riguardo completamente omissi) a M. CIAN, *L'azienda*, cit., 677 ss.; a questo scritto rimando anche per l'illustrazione e la dimostrazione degli assunti, attinenti a queste fattispecie, che menzionerò nella parte di testo che segue.

⁷¹ Così anche G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 305 s.; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., 822; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 377 s.

meritevole di essere assecondato nell'attuazione di tale obiettivo. Per questa ragione, ad esempio, pur quando venga usucapito un numero di beni aggregati tali da rappresentare un'azienda⁷², non determinandosi alcuna continuità tra l'impresa precedente e quella esercitata dal possessore usucapiente (la frattura non solo ideale, ma anche cronologica, tra le due attività essendo anzi segnata dal tempo trascorso per l'usucapione), non può venire in alcun modo sollecitata la successione di costui nei contratti originariamente stipulati dal titolare precedente (quand'anche ve ne fossero di non ancora esauriti)⁷³.

Spazi ancora minori di applicazione ha il principio della responsabilità "in continuazione", giacché esso, come si è osservato, non opera mai nei casi della gestione altrui, supponendo una vicenda, con oggetto l'azienda, avente natura traslativa. Per il che ne rimane esclusa l'operatività non solo quando non sia ravvisabile alcun evento sostitutivo nell'attività (come nell'usucapione), ma anche quando la reimmissione nella medesima non dipenda da un trasferimento (come nella rivendicazione⁷⁴).

Per quanto riguarda i crediti, infine, l'art. 2559 attiva meccanismi di efficacia e opponibilità suscettibili di operare solo nella misura in cui l'evento sia soggetto alla pubblicità ivi prevista. A prescindere da ciò, un loro trasferimento *ex lege* è predicabile, negli stessi casi in cui si può profilare una successione nei contratti, sempre che si tratti di crediti funzionali (così nella rivendicazione, salva la regolazione in denaro delle differenze tra le consistenze d'inventario, in applicazione del principio codificato nell'art. 2561⁷⁵)⁷⁶.

10. Le posizioni giuridiche diverse.

⁷² Il tema dell'usucapione d'azienda è tornato recentemente in auge, com'è noto, grazie a Cass. 5 marzo 2014, n. 5087.

⁷³ Per questa conclusione, e sia pure in base ad argomenti diversi, v. anche G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 57. Si tratta peraltro di una posizione tutt'altro che pacifica: v. infatti, in senso opposto, G. U. TEDESCHI, *L'azienda*, cit., 47; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 96 s.

⁷⁴ Pure G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 306.

⁷⁵ L'agente in rivendicazione, cioè, potrà acquisire anche la titolarità dei crediti, aventi ad oggetto l'apporto di fattori della produzione, pur quando il relativo rapporto sia stato costituito dal gestore precedente; l'eventuale plusvalore così conseguito andrà appunto regolato secondo i precetti dell'art. 2561. Il trasferimento *ex lege* di tali crediti trova proprio in questa disposizione il suo fondamento: il principio della regolazione in denaro delle consistenze d'inventario, infatti, presuppone l'operare di un meccanismo di automatica attribuzione al concedente della proprietà dei beni immessi nell'azienda dall'usufruttuario/affittuario. Si tratta di una regola cui può essere riconosciuta una valenza generale in una duplice direzione: da un lato, essa è idonea ad agire in ogni ipotesi in cui si configuri una gestione d'azienda altrui e dunque non solo nei casi in cui ciò si verifichi per concessione del titolare; dall'altro lato, essa è idonea ad operare su ogni componente dell'azienda, dunque sul magazzino, ma anche sui beni strumentali, e così pure, oltre che sui beni immessi in proprietà, pure su quelli immessi in godimento o attesi in adempimento di una prestazione di terzi. Di qui l'acquisizione al rivendicante dei crediti funzionali costituiti dal terzo gestore.

⁷⁶ Sull'operatività degli artt. 2558 ss. nelle vicende diverse dalla sostituzione nell'impresa a titolo derivativo rinvio ancora, per più analitiche delucidazioni specie e proprio con riferimento alle ipotesi paradigmatiche dell'usucapione e della rivendicazione, a M. CIAN, *L'azienda*, cit., 708 ss.

Il sistema del codice, quantunque sviluppato nei termini sin qui esposti, non è idoneo a coprire l'intero spettro delle posizioni giuridiche che possono appartenere al patrimonio d'impresa. La focalizzazione sul trinomio contratti – crediti – debiti lascia infatti al di fuori situazioni di natura diversa, che pure, in quanto esistenti nel momento in cui si realizza l'evento di sostituzione nell'attività, ne rimangono investite.

Si tratta peraltro di un insieme eterogeneo di posizioni giuridiche, articolabile in due (o forse tre) distinte tipologie. La prima comprende situazioni intrinsecamente transitorie, cioè destinate a cadere o ad evolvere in altre di tipo ai nostri fini comune: quali la posizione di proponente, di oblato o di parte accettante una proposta contrattuale, prima del perfezionamento del negozio. La seconda è rappresentata dalle posizioni di potere o di soggezione all'altrui potere rappresentativo, che sono legate di regola ad una relazione collaborativa di natura contrattuale, ma in sé autonome sul piano giuridico. L'individuazione di una terza tipologia, in verità di per sé anomala, è sollecitata da un non recentissimo provvedimento giurisprudenziale che ha isolato, quali componenti dell'azienda soggette a trasferimento, le azioni dirette al recupero di un bene all'azienda stessa: sarebbe costituita dunque dalle posizioni di natura eminentemente processuale facenti capo all'alienante.

Proposte e accettazioni contrattuali non sono prese in considerazione nel *corpus* disciplinare centrale, ma lo stesso codice civile le fa oggetto altrove di una disposizione caratterizzata da elementi di specialità proprio quando esse attengano ad una attività d'impresa. L'art. 1330 stabilisce invero il principio di salvezza di tali situazioni, in caso di morte o di incapacità dell'imprenditore (non piccolo).

L'ipotesi della morte rileva come evento determinante la sostituzione (per via di successione) nell'attività e può dunque fungere da valido elemento di comparazione con il fenomeno della circolazione *inter vivos*, che la disciplina principale ha come proprio fondamentale punto di riferimento. Al di là della sua specifica destinazione alla regolazione di un profilo successorio, il nucleo dispositivo dell'art. 1330 sembra infatti suscettibile di estensione; esso, rovesciando il principio della caducazione dei procedimenti di formazione del contratto incompleti, altrimenti valido in generale, esprime la stessa idea di continuità dell'impresa che sta alla base degli artt. 2558 ss. D'altra parte non paiono sussistere ragioni consustanziali a questi procedimenti, tali da legarne intrinsecamente la sopravvivenza all'evento morte, ossia da impedirne altrimenti la produzione di effetti in capo ad un soggetto diverso da quello che vi aveva partecipato inizialmente. E' conseguentemente plausibile assumere che nelle posizioni di proponente, oblato e accettante, facenti capo a colui che dispone dell'azienda, subentri in linea di principio il destinatario della medesima⁷⁷.

⁷⁷ Così pure, con varietà di argomenti, G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 115ss.; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 146 s.; F. FERRARA jr, *La teoria*, cit., 369; rinvio anche a M. CIAN, *La "circolazione" dell'impresa: il trasferimento d'azienda*,

La regola va tuttavia declinata. Essa deve essere infatti coordinata con i precetti che presiedono ai meccanismi traslativi previsti dalla disciplina principale, con la conseguenza che il subentro si verifica esclusivamente nei procedimenti destinati a porre in essere contratti in equilibrio economico⁷⁸, non aventi carattere personale, e sempre che le parti non dispongano diversamente⁷⁹. Non sembra invece suscettibile di estensione il limite della piccolezza dell'impresa, posto dall'art. 1330. Si tratta invero di un limite che appare legato ad una prospettiva di oggettivazione dell'impresa meno spinta rispetto a quella accolta negli artt. 2558 ss.; il ripristino dell'operatività del principio generale di caducazione delle proposte e accettazioni, quando l'impresa sia piccola, è dovuto all'idea che in tal caso debba prevalere, come alla morte del non imprenditore, la logica di personalità delle scelte patrimoniali non ancora perfezionate, sull'interesse alla continuità dell'attività; una logica che, diversamente, non rileva nella circolazione *inter vivos* e che dunque non sembra potersi imporre sulla relativa disciplina, la quale non pone al riguardo alcun limite. In secondo luogo, la dimensione dell'attività nei termini fissati dall'art. 2083 è una caratteristica strettamente legata alla persona del titolare, in quanto esprime una peculiare modalità organizzativa contraddistinta dalla combinazione tra centralità della componente lavorativa e copertura endofamiliare dei ruoli collaborativi; come tale, la piccolezza non è una qualità né dell'apparato produttivo, né dell'impresa, intesi oggettivamente; non del primo, che si connota in base all'articolazione dei fattori della produzione considerati per natura e non per provenienza; non della seconda, che è determinata (tra l'altro) dall'attuazione di un determinato progetto imprenditoriale-organizzativo a sua volta considerato indipendentemente dalla fonte di origine di tali fattori. Tra i fenomeni disciplinati negli artt. 2555 ss. non appare dunque possibile distinguere tra atti dispositivi di piccole aziende (e di sostituzione in una piccola impresa) e atti dispositivi di aziende medio-grandi (e di sostituzione in un'impresa medio-grande), alla stregua in cui tale connotato dimensionale è definito *ex art.* 2083. Il limite posto dall'art. 1330, pertanto, può e deve spiegarsi come peculiare, questo sì, allo specifico evento considerato e cioè alla natura *mortis causa* della vicenda traslativa, che introduce un elemento di rilevanza della persona (della scelta di piccolezza dell'attività, compiuta dal *de cuius*), il quale si innesta sull'elemento oggettivo (l'impresa come spazio di attività idoneo a conservarsi nell'avvicendamento del relativo titolare), prevalendovi ai fini dell'applicazione della norma. Un tale

in *Diritto commerciale*, a cura dello stesso, I, II ed., Torino, 2017, 158 ss.; in senso contrario, peraltro, T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, III ed., Milano, 1962, 348; A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, cit., 161 ss.

⁷⁸ Subentrato l'acquirente nel procedimento di formazione del contratto, il terzo conserva ove necessario la facoltà di recesso per giusta causa, una volta perfezionatosi il negozio, in applicazione del principio sancito nell'art. 2558.

⁷⁹ Potrebbero immaginarsi al limite anche contratti, in corso di perfezionamento, aventi ad oggetto esclusivamente la prestazione unilaterale a favore dell'alienante di un bene destinato all'immissione nell'azienda; come non vi è successione nel rapporto contrattuale già esistente, non vi può essere subentro dell'acquirente nel relativo procedimento di formazione; potrebbe al più discutersi dell'acquisto del credito di futura costituzione, in uno con l'azienda.

elemento soggettivo non assume invece alcuna rilevanza nelle vicende diverse e, conseguentemente, il limite che esso determina non può operare rispetto a queste.

Un secondo tipo di situazioni giuridiche non inquadrabili nel trinomio codicistico è costituito, come si era detto, dai rapporti rappresentativi: rileva *in primis* la soggezione dell'imprenditore disponente al potere rappresentativo conferito a terzi, per il compimento di atti relativi all'impresa; non può peraltro escludersi neppure la situazione inversa, quando l'imprenditore stesso, la cui attività consista nella prestazione di servizi ausiliari (di agenzia, ad esempio), sia titolare del potere di rappresentare terzi (clienti) nel compimento di determinati affari. Nel primo caso il rapporto rappresentativo è riconducibile all'apparato produttivo inteso in senso lato; nel secondo, alla prestazione caratteristica dell'impresa.

Da un punto di vista tecnico-dogmatico, la determinazione della loro sorte, in occasione della cessione d'azienda, richiede una considerazione specifica⁸⁰, alla luce del principio di astrattezza del potere rappresentativo rispetto al sottostante (eventuale) rapporto obbligatorio d'incarico. La ricognizione sembra peraltro poter prescindere dalla fonte, legale o negoziale, del potere.

Al riguardo, l'interesse alla continuità dell'impresa, che porta nella sfera giuridica dell'acquirente (come dell'usufruttuario e dell'affittuario) i rapporti in equilibrio economico e i crediti funzionali, orienta anzitutto verso l'attribuzione a costoro, in vista della loro corretta esecuzione, anche dei rapporti rappresentativi che vi siano correlati. Le alternative al mantenimento della connessione tra i due rapporti (disarticolazione e conservazione del potere/soggezione in capo all'originario titolare; estinzione del potere/soggezione) non risultano plausibili né sono imposte dalla natura della situazione giuridica implicata. D'altra parte, depone nel senso del trasferimento tanto del rapporto d'incarico quanto della rappresentanza la disposizione contenuta nell'art. 1722, che fa salvo il mandato avente ad oggetto il compimento di atti dell'impresa, pur in caso di morte della parte imprenditrice. Anche qui, come nell'art. 1330, la connessione del rapporto con l'attività imprenditoriale determina il rovesciamento del principio generale altrimenti operante; la deroga nasce nuovamente nella prospettiva dell'oggettivazione dell'impresa e dunque delle scelte negoziali in essa compiute ed è strumentale alla sua continuità nell'avvicendamento del relativo titolare; una premessa fondante, questa, resa qui ancor più esplicita dalla subordinazione della salvezza del mandato proprio alla continuazione dell'attività.

La norma fa evidentemente riferimento all'ipotesi della morte dell'imprenditore mandante. E' invero in questo caso che il mandato ha "per oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di

⁸⁰ Rinvio sul punto a M. CIAN, *Trasferimento d'azienda e successione nei rapporti rappresentativi*, Milano, 1999, per i necessari approfondimenti; inoltre, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 140, in nota.

un'impresa". La comprensività della sua formulazione è tale da renderla applicabile ad ogni forma di mandato, sia esso con o senza rappresentanza; e nella prima eventualità a trascinare verso i successori, insieme al rapporto d'incarico, anche la posizione di soggezione che costituisce modalità e strumento della sua esecuzione. Assente qualunque ragione fondante di diritto successorio o connessa all'evento morte, infine, la disposizione conferma, quanto ai mandati, alle altre relazioni collaborative e ai rapporti rappresentativi, l'operatività dei meccanismi traslativi attivati in generale negli atti dispositivi dell'azienda *inter vivos*.

Lo stesso art. 1722, n. 4, non considera invece di per sé l'ipotesi in cui la morte colpisca l'imprenditore mandatario⁸¹. In tal caso, infatti, il mandato non ha "per oggetto", ma costituisce esso stesso un momento di esercizio dell'impresa. La medesima prospettiva di oggettivazione dell'attività (qui assorbente non già la scelta negoziale compiuta dall'originario mandante, ma la scelta del cliente di affidamento dell'incarico ad un dato mandatario) permette peraltro sicuramente la continuazione anche di questi rapporti in capo ai successori *mortis causa* e, nella circolazione dell'azienda per atto tra vivi, in capo all'acquirente o usufruttuario/affittuario, salvo che, in concreto, non possa ravvisarsi il carattere personale dell'incarico stesso⁸².

Residuano i rapporti rappresentativi non correlati ad alcuna posizione a contenuto obbligatorio. L'ipotesi è per la verità di modesta rilevanza e assai scarsa ricorrenza, potendosi immaginare quasi solo il conferimento da parte dell'imprenditore disponente di una procura a favore di un terzo, in vista del compimento di un affare inerente all'attività, da parte di quest'ultimo, a titolo amichevole. Tali posizioni giuridiche possono reputarsi ad ogni modo trasferite automaticamente all'acquirente (come all'usufruttuario/affittuario), in applicazione del principio evincibile dal citato art. 1722⁸³.

La considerazione di una terza tipologia di posizioni giuridiche è sollecitata, come si è anticipato, da una non recentissima pronuncia della Suprema Corte, la quale, sia pure con alcune opacità, sembrerebbe enucleare le "azioni", ossia la legittimazione alla loro proposizione, tra gli elementi investiti dal negozio traslativo dell'azienda⁸⁴. L'assunto lambisce temi, relativi alla natura delle

⁸¹ Per i necessari riferimenti rinvio a M. CIAN, *Trasferimento d'azienda*, cit., 195, nt. 13.

⁸² Può discutersi, specie per questa ipotesi, se sul principio della recedibilità *ex art. 2558* prevalga quello fissato nell'ultimo inciso dell'art. 1722, che sembrerebbe legittimare il recesso a prescindere dalla sussistenza di una giusta causa in concreto; il particolare meccanismo combinato dell'art. 2558, che accorda al terzo contraente un duplice livello di protezione (anticipata, impedendo il trasferimento; posticipata, consentendogli di estinguere il rapporto), induce, pur con qualche incertezza, ad orientarsi nel senso dell'inoperatività della più favorevole regola dell'art. 1722, una volta che si sia assunto, come deve assumersi, che il mandato non è un contratto per definizione a carattere personale.

⁸³ Diversamente, però, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 140, in nota.

⁸⁴ Si tratta di Cass. 27 luglio 1983, n. 5152. L'azione "trasferita" era diretta a far valere la nullità di un atto (precedente la cessione d'azienda) di trasferimento a terzi di un marchio sino ad allora utilizzato nell'impresa, per il suo recupero e reimmissione nell'azienda acquistata.

posizioni giuridiche processuali⁸⁵, che peraltro qui non appare necessario affrontare. In questi termini, il problema appare invero in sé mal posto. La vicenda di sostituzione nell'impresa interessa infatti gli elementi dell'apparato produttivo e le relazioni d'affari; la legittimazione alla proposizione di azioni spettanti all'originario titolare dell'azienda può dunque competere successivamente all'acquirente, o all'usufruttuario/affittuario, soltanto nella misura in cui ciò dipenda dal suo subentro in uno di quegli elementi o relazioni⁸⁶, o perché l'immissione nello spazio d'impresa gli attribuisca, ove ciò basti, l'interesse all'azione stessa; mentre non pare configurabile mai un "trasferimento" dell'azione in quanto posizione autonomamente investita dall'effetto circolatorio della vicenda. Ne consegue che la sorte di questa tipologia di situazioni giuridiche non trova spazio, come problema della cessione d'azienda bisognoso di una risposta a sé stante.

⁸⁵ Per tutti, e per ulteriori riferimenti, v. C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, XXV ed., Torino, 2016, 47 ss.

⁸⁶ La sentenza per la verità muove essenzialmente dalla premessa che con l'azienda si trasferisce il diritto sul marchio, ancorché a suo tempo disaggregato dalla stessa, trasferimento che legittimerebbe l'acquirente ad agire per la declaratoria di nullità della precedente cessione della privativa. La fondatezza della premessa è peraltro il punto critico dell'argomentazione: la cessione investe l'apparato produttivo non in una composizione ideale, ma concreta, sicché non è l'atto di alienazione di uno dei beni, e men che meno l'atto valido, ma il semplice *fatto* della disaggregazione a determinare l'uscita del bene dall'area di quelli investiti dalla successiva vendita dell'azienda, salvo che le parti di questa non lo contemplino specificamente. In tale ultimo caso, l'acquirente è legittimato a rivendicarne la titolarità (in ipotesi efficacemente conseguita dal suo dante causa, alla luce dell'invalidità del precedente atto dispositivo), non in quanto "succeduto" nella legittimazione a promuovere l'azione di nullità, ma, semplicemente, in quanto nuovo titolare del bene.