



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

**DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO**

Corso di dottorato in Diritto comparato, privato, processuale civile e dell'impresa

*Curriculum* di Diritto privato

XXXIV ciclo

Tesi di dottorato di ricerca

## CESSIONE D'AZIENDA, INVALIDITÀ, RISOLUZIONE ED EFFETTI RESTITUTORI

settore scientifico disciplinare IUS/01

Candidato:

dott. Andrea Vitali

n. matr. R12192

Tutor:

Chiar.mo prof. Gianroberto Villa

Coordinatore del dottorato:

Chiar.mo prof. Giuseppe Ludovico

A.A. 2020/2021



## INDICE-SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

### CAPITOLO I

#### LA CESSIONE D'AZIENDA COME FENOMENO DI SOSTITUZIONE IMPRENDITORIALE

1. L'azienda nella prospettiva storica. Da soggetto di diritto a oggetto di diritti.....	3
2. L'azienda come oggetto di diritti. I primi problemi.....	7
2.1. La teoria unitaria.....	8
2.2. La teoria atomistica.....	13
3. Irrilevanza della natura giuridica dell'azienda ai fini della presente indagine. Premessa metodologica.....	15
4. La cessione d'azienda come sostituzione imprenditoriale. Effetti negoziali ed effetti legali.....	17
5. L'azienda oggetto di circolazione: la rilettura dell'art. 2555 c.c.....	22
5.1. L'unità operativa minima.....	28
6. Gli effetti della cessione d'azienda. Delimitazione dell'indagine.....	30
7. La forma della cessione d'azienda.....	31
8. Il divieto di concorrenza.....	35
9. Circolazione d'azienda e rapporti pendenti: una premessa.....	38
10. La successione dell'acquirente nei contratti.....	40
10.1. <i>Ratio</i> ed effetti del trasferimento automatico.....	41
10.2. Il perimetro di applicazione della norma. "Contratti aziendali" e contratti ineseguiti.....	44
10.2.1. In particolare: i contratti di durata.....	46
10.3. Le eccezioni al trasferimento automatico dei contratti.....	47
10.3.1 I contratti personali.....	47
10.3.2. Il patto contrario alla cessione <i>ex lege</i> .....	49
10.3.3. Il recesso del terzo ceduto <i>ex art. 2558, comma 2, c.c.</i> .....	50
11. I crediti aziendali.....	51
12. I debiti aziendali.....	57

13. La posizione dei lavoratori nella cessione d'azienda. Cenni. ....	63
---	----

## CAPITOLO II

### LA CADUCAZIONE DEL CONTRATTO DI CESSIONE D'AZIENDA TRA DISCIPLINA DELL'INDEBITO E RETROATTIVITÀ DELLA PRONUNCIA

1. Impostazione dell'indagine.....	67
2. La restituzione dell'azienda. Premesse. ....	69
3. La normativa di riferimento nel Codice civile e nella Legge fallimentare.....	72
4. Le fonti del fenomeno restitutorio nel Codice civile.....	75
5. Il sistema delle restituzioni negli ordinamenti europei. Modelli unitari e binari: un primo confronto. ....	77
5.1. Il sistema francese. Il modello unitario.....	78
5.2. Il sistema tedesco. Il modello binario. ....	81
5.3. I progetti europei: i Principi UNIDROIT e il <i>Draft Common Frame of Reference</i> . Cenni.....	83
6. La disciplina dell'indebito e il modello unitario in Italia. ....	84
7. Restituzioni contrattuali e disciplina dell'indebito. Le criticità sul piano generale e la condizione di buona e mala fede.....	90
7.1. Restituzione d'azienda e disciplina dell'indebito. Profili di incompatibilità..	95
8. Caducazione del contratto di cessione d'azienda, retroattività e restituzioni. ....	104
9. Restituzioni e retroattività. Il problema dell'azienda. ....	107
9.1. Invalidità, retroattività e restituzioni. ....	112
9.2. Risoluzione, retroattività e restituzioni. ....	120
10. La reciprocità delle obbligazioni restitutorie: tra <i>Contrat synallagmatique renversé</i> e <i>Saldotheorie</i> . ....	127
11. Verso la restituzione dell'azienda. Rinvio.....	133

## CAPITOLO III

### LA RESTITUZIONE DELL'AZIENDA QUALE CONSEGUENZA DELLA DOMANDA DEL CEDENTE: UN'IPOTESI RICOSTRUTTIVA

Premessa.....	136
---------------	-----

## SEZIONE I

### LA RESTITUZIONE DELL'AZIENDA TRA SOSTITUZIONE IMPRENDITORIALE INVERSA E "RATIFICA" DELL'OPERATO ALTRUI. VARIAZIONI DI VALORE E PRETESE INDENNITARIE.

1. L'impossibilità di <i>restitutio in integrum</i> dell'azienda. Esclusione del rimedio impugnatorio o riduzione dell'art. 1492, comma 3, c.c.?	138
1.1. L'impossibilità assoluta di restituzione dell'azienda. Cenni.	143
2. L'individuazione dell'azienda da restituire. Il richiamo alla sostituzione imprenditoriale (inversa).	144
3. La domanda di restituzione d'azienda come "ratifica" dell'operato altrui. L'applicazione dell'art. 2032 c.c.	148
4. La composizione dell'azienda da restituire. Il problema dell'allocazione del rischio.	152
4.1. <i>Res perit domino</i> come criterio di allocazione del rischio. Critica.	155
4.2. Il rischio nella disciplina dell'indebito: ancora sull'art. 2037 c.c.	157
4.3. <i>Res perit accipienti</i> (o: <i>emptori</i> ).	159
5. Alla ricerca di un principio generale: rischio imprenditoriale e sfera di controllo. Il richiamo alla teoria del saldo.	161
6. Il fondamento normativo: l'art. 2561, comma 4, c.c. quale clausola generale per le variazioni di valore dell'azienda.	165
7. La domanda di restituzione dell'azienda deteriorata. Il problema.	168
7.1. Il diritto all'indennizzo del cedente per la diminuzione di valore.	170
8. L'incremento di valore dell'azienda da parte del cessionario. Il problema.	175
8.1. Le addizioni e i miglioramenti apportati dal cessionario.	178
8.2. L'indennizzo dovuto al cessionario per l'aumento di valore dell'azienda.	182
8.3. Spese sostenute e compenso del gestore.	184
9. Due corollari delle restituzioni. I frutti e il valore oggettivo di godimento.	187
9.1. I frutti prodotti dall'azienda e il profitto d'impresa.	187
9.2. La restituzione del valore oggettivo di godimento delle prestazioni.	193
10. Il perimento, il deterioramento e il miglioramento fortuito.	196
11. Il parametro per il valore dell'azienda.	199

## SEZIONE II

### I RAPPORTI PENDENTI NELLA FASE RESTITUTORIA E IL DIVIETO DI CONCORRENZA DEL CESSIONARIO

12. Restituzione d'azienda e rapporti pendenti. Il problema. ....	202
12.1. Le soluzioni della giurisprudenza (in materia di affitto d'azienda).....	203
13. La retrocessione dei contratti. Premesse per una possibile ricostruzione. ....	207
13.1. I contratti già sottoscritti dal cedente a cui ritorna l'azienda. ....	209
13.2. I nuovi contratti stipulati dal cessionario. ....	210
14. I crediti e i debiti. Premesse. ....	214
14.1. I crediti anteriori al trasferimento dell'azienda. ....	216
14.2. I crediti nuovi vantati dal cessionario. ....	218
14.3. I debiti dell'alienante. ....	220
14.4. I nuovi debiti assunti dal cessionario ....	224
15. Restituzione dell'azienda e rapporti di lavoro. ....	226
16. Il divieto di concorrenza del cessionario dopo la restituzione dell'azienda.....	230

## CAPITOLO IV

### LA MANCATA DOMANDA DI RETROCESSIONE DELL'AZIENDA: APPUNTI PER UN'ULTERIORE RIFLESSIONE

1. La mancata domanda di restituzione da parte del cedente. Il problema. ....	235
2. La liberazione da parte del cessionario del compendio produttivo. Il sequestro giudiziario.....	236
3. La mora del (cedente) creditore ....	238
3.1. Gli effetti della mora del creditore cedente e gli effetti liberatori per il cessionario ....	240
4. Mancata restituzione dell'azienda e rapporti pendenti. Una prima distinzione....	242
4.1. I rapporti pendenti assunti dal cedente. ....	243
4.2. I rapporti pendenti assunti dal cessionario. ....	245
<b>OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.....</b>	<b>250</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>256</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>273</b>



## INTRODUZIONE

Scopo del presente lavoro è l'indagine relativa alla restituzione dell'azienda, quale conseguenza che discende da una pronuncia di invalidità o di risoluzione del contratto di cessione con cui essa era originariamente circolata.

Gli studi che si occupano, in generale, dell'azienda sono incentrati sulla cd. circolazione "di progresso", che attiene al trasferimento del compendio produttivo dall'originario titolare (il cedente) a quello nuovo (il cessionario). In questo senso, la letteratura ha largamente approfondito la disciplina di cui agli artt. 2555 ss. c.c., vale a dire il tessuto normativo dedicato a questo tema.

Rappresentano, invece, un fenomeno pressoché sconosciuto nel panorama dottrinale gli studi sulla circolazione "di regresso", a cui è dedicata tutta la seconda parte del presente lavoro (Cap. II e seguenti).

Giova tracciare la linea schematica del percorso che si intenderà seguire, attraverso i quattro capitoli che costituiscono questo elaborato.

Dapprima si considererà il fenomeno della cessione d'azienda, focalizzando l'indagine sull'interpretazione delle norme di cui agli artt. 2555 ss. c.c., nonché sugli aspetti che saranno poi funzionali alla trattazione della circolazione di regresso.

Nel secondo capitolo verrà effettuata, sul piano generale, qualche riflessione relativa al tema delle restituzioni che conseguono ad una pronuncia che sancisce la caducazione del contratto con cui l'azienda era originariamente circolata.

Preme sin d'ora sottolineare che il termine "caducazione"<sup>1</sup> verrà utilizzato nella sua accezione generica di mancanza (originaria o sopravvenuta) di una *causa solvendi* ogni volta che sarà opportuno trattare congiuntamente le tre ipotesi, che si è scelto qui di analizzare, che sanciscono l'inefficacia del contratto (nullità, annullamento e risoluzione); al contrario, quando vorranno essere enfatizzate le differenze tra i rimedi contrattuali, si farà ricorso alle specifiche categorie. Relativamente alla risoluzione, l'indagine muoverà con specifico riguardo all'ipotesi dell'inadempimento, non solo perché statisticamente più frequente, ma anche perché appare difficile configurare sia (i) l'ipotesi in cui, stipulato il contratto, il compendio produttivo perisca tra il momento

---

<sup>1</sup> Su cui si veda, per esempio, E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 435 ss.; A. NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, p. 783 ss., p. 791.



della conclusione del contratto e la consegna dello stesso, così da determinare un'ipotesi di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, sia (ii) il caso della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, giacchè la cessione d'azienda non configura un contratto in cui si riscontra un lasso di tempo significativo tra la stipulazione e l'esecuzione delle prestazioni.

In questo contesto, l'analisi verterà sull'opportunità o meno di applicare le norme sull'indebito (art. 2033 ss. c.c.) – normalmente utilizzate per fondare la disciplina delle restituzioni, anche contrattuali – al tema qui in oggetto, e sulle conseguenze che la pronuncia di caducazione del contratto reca in termini di necessità di ripristinare lo stato anteriore alla stipulazione del contratto.

Il terzo capitolo si proporrà di fondare un'ipotesi ricostruttiva del fenomeno della circolazione di regresso, tanto con riferimento ai beni che costituiscono l'azienda, quanto ai rapporti giuridici che ad essa afferiscono. In questo senso, si terrà necessariamente in considerazione la caratteristica “dinamica” della realtà aziendale, e il fatto che la sua composizione continua a variare, aumentando o diminuendo il valore.

Nel quarto e ultimo capitolo, invece, si porranno le basi per ulteriori sviluppi sul tema, che riguarderanno, in particolare, l'ipotesi in cui il cedente – in occasione della caducazione del contratto di cessione – non formuli la domanda di restituzione del complesso produttivo e la conseguente necessità per il cessionario di potersi liberare, a certe condizioni, dell'azienda.

## CAPITOLO I

### LA CESSIONE D'AZIENDA COME FENOMENO DI SOSTITUZIONE IMPRENDITORIALE

**SOMMARIO:** 1. L'azienda nella prospettiva storica. Da soggetto a oggetto di diritti. – 2. L'azienda come oggetto di diritti. I primi problemi. – 2.1. La teoria unitaria. – 2.2. La teoria atomistica. – 3. Irrilevanza della natura giuridica dell'azienda ai fini della presente indagine. Premessa metodologica. – 4. La cessione d'azienda come sostituzione imprenditoriale. Effetti negoziali ed effetti legali. – 5. L'azienda come oggetto di circolazione: la rilettura dell'art. 2555 c.c. – 5.1. L'unità operativa minima. – 6. Gli effetti della cessione d'azienda. Delimitazione dell'indagine. – 7. La forma della cessione d'azienda. – 8. Il divieto di concorrenza. – 9. Circolazione d'azienda e rapporti pendenti: una premessa. – 10. La successione dell'acquirente nei contratti. – 10.1 *Ratio* ed effetti del trasferimento automatico. – 10.2. Il perimetro di applicazione della norma. “Contratti aziendali” e contratti ineseguiti. – 10.2.1. In particolare: i contratti di durata. – 10.3. Le eccezioni al trasferimento automatico dei contratti. – 10.3.1. I contratti personali. – 10.3.2. Il patto contrario alla cessione *ex lege*. – 10.3.3. Il recesso del terzo ceduto *ex art. 2558, comma 2, c.c.* – 11. I crediti aziendali. – 12. I debiti aziendali. – 13. La posizione dei lavoratori nella cessione d'azienda. Cenni.

#### *1. L'azienda nella prospettiva storica. Da soggetto di diritto a oggetto di diritti.*

Il dato di partenza per qualunque indagine avente ad oggetto l'azienda, e cioè la disciplina contenuta negli artt. 2555 ss. c.c., rappresenta in realtà il punto di arrivo di una lunga e complessa elaborazione, che affonda le radici nella storia antica<sup>1</sup>.

Al di là di qualche richiamo già presente nella Grecia classica<sup>2</sup> e nella scienza giuridica romana<sup>3</sup>, gli studi sull'azienda, più floridi a partire dal XIX secolo, si sono da sempre mossi a cavallo tra il diritto civile e il diritto commerciale, in una tensione

---

<sup>1</sup> Per M. CIAN, *Dell'azienda*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER e F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, p. 3, è l'“antico lignaggio” dell'istituto a muovere la prospettiva di indagine.

<sup>2</sup> Per lo più ricavabili dalla letteratura. È nota l'orazione di Iperide *Contro Atenogene*, in cui Epicrate citò in giudizio Ateogene poiché quest'ultimo, con un raggio, aveva indotto l'attore a stipulare una compravendita di uno schiavo e una bottega di profumi, affermando che le passività dell'azienda sarebbero state ampiamente coperte dal valore del magazzino. Emerse passività decisamente superiori e finito sul lastrico per i debiti, Epicrate convenne l'alienante per far dichiarare l'invalidità della compravendita o, comunque, per sottrarsi alla responsabilità dei debiti aziendali.

<sup>3</sup> In generale, F. SARRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Ospedaletto, 1989; M. CIAN, *Le antiche leggi del commercio. Produzione, scambi, regole*, Bologna, 2016.

tra la dimensione reale dell'aggregato produttivo e quella concernente l'attività di impresa<sup>4</sup>.

L'assenza di codificazione aveva condotto la dottrina a diverse ipotesi ricostruttive, tutte tendenti all'individuazione degli elementi che ne facevano parte<sup>5</sup>, e alla definizione concettuale di una realtà che si stava sempre più imponendo come attore nel mondo del commercio<sup>6</sup>. L'intrecciarsi delle strutture giuridiche proprie del diritto civile e del diritto commerciale ha così permesso all'azienda di essere dapprima collocata all'interno della categoria dei soggetti di diritto e, solo successivamente, ad essere inserita tra gli oggetti di diritto.

Nelle prime ricostruzioni operate in Germania<sup>7</sup>, essa rappresentava un soggetto giuridico nuovo, distinto dal suo titolare: sarebbe stata l'azienda il vero attore dell'attività commerciale, in ragione del fatto che ad essa veniva attribuito un proprio nome, una propria notorietà e un proprio giro di affari, al punto da ritenere che il commerciante (inteso quale titolare dell'esercizio economico) non fosse altro che "il primo impiegato dell'azienda"<sup>8</sup> medesima. In altre parole, questa soggettivizzazione mirava a riconoscere una personalità giuridica all'azienda, in quanto alla fusione degli

---

<sup>4</sup> Si veda R. TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986, p. 9, che constata come i diversi risultati di qualificazione dell'azienda nel mondo del diritto siano anche il risultato della differente impostazione pratica ed ideologica di civilisti e commercialisti e laburisti. Secondo G. MARCHETTI, *Trasferimento d'azienda e accollo ex lege del cessionario*, in *Contr. e impr.*, 2020, p. 154 ss., p. 165 "il trasferimento d'azienda certo non è un tema civilistico. Ciò non vale, però a escluderne la rilevanza e i motivi di interesse per il civilista". La spiegazione di ciò è offerta con estrema chiarezza da F. MARTORANO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale* fondato da V. BUONOCORE e diretto da R. COSTI, Torino, 2010, p. 3, per cui anteriormente alla codificazione del 1942 il sistema del diritto privato era incentrato su un'economia statica del diritto di proprietà. "in cui i singoli beni vengono in considerazione come oggetto di specifici diritti reali o personali [...] e determinano [...] la peculiarità del vantaggio economico che il soggetto può trarne".

<sup>5</sup> Questo sembra, in ultimo, la finalità delle teorie sull'azienda, come osserva L. SORDELLI, *Le teorie giuridiche dell'azienda. Cenni storiografici sull'evoluzione di un dogma e altre notazioni*, in *Scritti per Mario Delle Piane*, Napoli, 1986, p. 311 ss., p. 315.

<sup>6</sup> D'altronde, come osserva F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1945, p. 93, "i fenomeni più importanti della vita economica [sono] poi nel campo giuridico i più oscuri e controversi".

<sup>7</sup> Ad opera, in particolare, di A. MOMMSEN, *Die Haftung des Firmenübernehmers für die Firmenschulden und die Behandlung dieser Kontroverse seitens des Leipziger Oberhandelsgerichts*, in *Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels-und Wechselrechts*, Neue Folge, 1875 e di W. ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt*, Heidelberg, 1875.

<sup>8</sup> Letteralmente "der erste Diner des Geschaff", come afferma W. ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt*, cit., § 15 ss. Si trattava di una impostazione ricavata dal sentire comune – talvolta ancora presente tutt'ora nel linguaggio quotidiano – tale per cui l'azienda, e non il suo titolare, diventa il "soggetto" che cerca un dipendente, che ha un debito nei confronti di un fornitore ecc. Questa notazione, già presente in F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 95, faceva sì che nel normale discorrere "non si pensa al proprietario, ma all'azienda stessa, rappresentata nella nostra mente come un soggetto a sé".

elementi facenti parte dell'organizzazione produttiva sarebbe corrisposta una indipendenza giuridica del nuovo "ente" rispetto al proprietario<sup>9</sup>. In una sua specificazione, la tesi giungeva addirittura a considerare il diritto sull'azienda come un diritto della personalità (*Rechtsussubjektivität*), di carattere generale o speciale<sup>10</sup>.

Nel tentativo di mantenere una distanza ontologica tra l'imprenditore e l'azienda, parte della dottrina tedesca<sup>11</sup> e francese<sup>12</sup> si era richiamata alla categoria dei patrimoni separati (*Zweckvermögen* o *patrimoine d'affectacion*), sulla scorta della destinazione economica impressa al complesso di beni idonei all'esercizio commerciale; ciò avrebbe permesso una formale intestazione dell'azienda in capo al commerciante, ma al contempo una diversa amministrazione e titolarità rispetto al resto del suo patrimonio.

La tesi fu inizialmente seguita anche in Italia<sup>13</sup>, e l'azienda cominciava a collocarsi in un'area più indefinita, a cavallo tra i soggetti e gli oggetti del diritto: le si riconosceva una certa autonomia, insufficiente a determinare il sorgere della personalità giuridica piena, ma comunque idonea "a dar luogo ad una certa attenuata soggettività"<sup>14</sup>.

Le impostazioni muovevano da premesse simili, non differenziando le diverse nozioni di impresa e azienda. Quest'ultima, quale "organismo vivente di lavoro e cose

---

<sup>9</sup> M. ROTONDI, *Teoria generale dell'azienda*, in *Trattato di diritto dell'industria*, vol. I, Padova, 1929, p. 71. Da questa impostazione derivava, per esempio, il corollario per cui i creditori aziendali avrebbero potuto soddisfarsi solo sui beni aziendali, mentre quelli personali del commerciante solo sul patrimonio di quest'ultimo.

<sup>10</sup> Per una conferma, A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda (parte II)*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. delle obblig.*, 1958, p. 105 ss., p. 108.

<sup>11</sup> F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 97. L'impostazione tedesca si deve essenzialmente a E.I. BEKKER, *Zweckvermögen, insbesondere Peculium Handelsvermögen und Aktiengesellschaften*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. IV, 1861, p. 500 ss., che costruisce la propria teoria partendo dal diritto romano e dall'esame della *merx peculiaris*.

<sup>12</sup> In Francia, la tesi viene ricondotta a J. VALERY, *Maison de commerce et fonds de commerce*, in *Annales de droit commercial*, Parigi, 1902, p. 209 ss., p. 269 ss.: si tratta di una ricostruzione che distingue la *maison de commerce* (l'insieme delle persone che permettono il funzionamento dell'azienda), dotata di personalità giuridica, e le *fonds de commerce*, cioè il patrimonio destinato allo scopo. Come rileva M. ROTONDI, *L'azienda come oggetto di negozi giuridici*, in *Trattato di diritto dell'industria*, vol. II, Padova, 1931, p. 6, la teoria giunge di fatto a far sì che l'azienda, quale *maison de commerce* proprietaria del *fonds de commerce*, sia "in sostanza [...] proprietaria di se stessa".

<sup>13</sup> Ci si riferisce, in particolare, alle impostazioni di F. SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, p. 376 ss. e di L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, Milano, 1942.

<sup>14</sup> Cfr. A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda (parte I)*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. delle obblig.*, 1958, p. 32 ss., p. 37. Nell'impostazione di Santoro-Passarelli l'azienda rappresenterebbe una realtà che partecipa in qualche misura della soggettività giuridica, pur essendo un oggetto appartenente ad un soggetto titolare.

materiali ed immateriali destinato, in comunione di uomini e capi, agli scopi dell'economia sociale"<sup>15</sup>, si trovava talvolta ad essere ricompresa nel concetto stesso di impresa, e talaltra a rappresentare una *species* del *genus* dell'impresa<sup>16</sup>.

Nella transizione al mondo degli oggetti di diritto e alle più note ricostruzioni successive all'entrata in vigore del Codice del 1942, è da segnalare anche la tesi che ha qualificato l'azienda come un negozio giuridico<sup>17</sup>, quale risultato della combinazione di capitali, lavoro, energie meccaniche e prestazioni, tutte dirette alla realizzazione di un'attività produttiva; dunque un vero e proprio accordo, un incontro di più volontà con lo scopo di produrre risultati economici<sup>18</sup>, i cui soggetti sarebbero stati – per l'appunto – tutti coloro che gravitano attorno al panorama aziendale (es. titolare, operai, impiegati, fornitore ecc.) e i cui effetti quelli di partecipare alla direzione dell'attività economica e ai benefici che da essa derivano.

Questa impostazione, alla cui base vi era una predominante visione politico-sociale<sup>19</sup>, fu presto abbandonata, sia per il superamento della sua componente ideologica<sup>20</sup>, sia per evitare il rischio di tramutare l'azienda in una semplice astrazione giuridica che prescindesse totalmente dagli elementi che ne costituivano la realtà economica.

---

<sup>15</sup> L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, cit., p. 165.

<sup>16</sup> Come osserva F. SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., p. 390, il quale arriva anche ad affermare una duplicazione terminologica tra impresa ed azienda, in quanto quel collegamento nel quale beni e servizi sono interdipendenti (l'azienda) altro non sarebbe che l'organismo economico caratterizzato dal profitto e dal rischio di perdita (l'impresa); sul punto cfr. anche A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda (parte I)*, cit., p. 38.

<sup>17</sup> È la tesi di G. CARRARA, *Appunti per una nuova impostazione del concetto d'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, p. 45 ss., che ha distinto un punto di vista esterno, tale per cui l'azienda apparirebbe come il diritto dell'imprenditore sui rapporti costituiti nel negozio aziendale, e un punto di vista interno, vale a dire quello per cui l'azienda dovrebbe considerarsi, dal punto di vista dogmatico, un rapporto giuridico.

<sup>18</sup> Più precisamente, un accordo complesso, cioè una "unione di volontà guidate dal medesimo interesse e tendenti al medesimo scopo", come afferma G. CARRARA, *Appunti per una nuova impostazione del concetto d'azienda*, cit., p. 54 s., il quale poi specifica che si tratterebbe comunque di un negozio aperto, nel senso che si ritiene perfezionato quando viene raggiunta la combinazione dei fattori, ma rimane aperto alla possibilità che gli originari aderenti escano dal rapporto e altri nuovi vi entrino (p. 61 s.).

<sup>19</sup> Ispirata anche dalla letteratura tedesca e dalla raccolta di scritti pubblicati da Potthoff (*Die sozialen Probleme des Betriebes*, Berlino, 1925), come afferma M. ROTONDI, *Teoria generale dell'azienda*, cit., p. 107.

<sup>20</sup> Come osserva ancora una volta M. ROTONDI, *Teoria generale dell'azienda*, cit., p. 111, la convergenza degli intenti degli attori economici (tra cui il titolare dell'impresa e i lavoratori) era destinata ad un fatale scontro con una realtà di tensione tra i datori di lavoro e la classe operaia e il nostro ordinamento non contemplava istituti quali la partecipazione degli operai alla direzione dell'azienda o la compartecipazione agli utili che, altrove, rappresentavano forme di composizione delle lotte tra il capitale e il lavoro.

## 2. L'azienda come oggetto di diritti. I primi problemi.

Scartate le ipotesi di classificazione all'interno dei soggetti di diritto e dei negozi giuridici, anche attraverso il superamento della distinzione concettuale tra impresa e azienda<sup>21</sup>, gli studi hanno intrapreso la via della collocazione all'interno degli oggetti di diritto<sup>22</sup>.

Invero, le indagini anteriori all'entrata in vigore del Codice del 1942, muovevano tutte da considerazioni di carattere economico<sup>23</sup>: si esaltava l'attitudine produttiva di cui l'azienda rappresentava il nucleo essenziale<sup>24</sup>, e il dato di partenza comune era la constatazione della natura eterogenea delle entità facenti parti il compendio aziendale<sup>25</sup> (beni mobili, immobili, macchinari, prodotti, semilavorati, energie, ecc.); a ciò si aggiungevano altre considerazioni circa il necessario rinnovamento di una parte dei suoi elementi<sup>26</sup>, sull'irrilevanza del carattere pubblico o privato<sup>27</sup>, sulla complementarità degli elementi e sulla necessità che fosse sempre preservato un complesso di beni nonostante la mutabilità<sup>28</sup>, o ancora sulla necessità che l'unificazione e la combinazione dei beni avvenisse nell'ottica della redditività<sup>29</sup>.

Si riscontrava una generale concordanza sul fatto che l'azienda, nella sua dimensione reale, fosse il "risultato dell'aggregazione di mezzi materiali ed immateriali che la rendono idonea alla sua funzione strumentale di produzione e di

---

<sup>21</sup> Cfr. T. TABELLINI, *Il concetto d'azienda*, Napoli, 1960, p. 92; analogamente, A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda (parte I)*, cit., p. 35 s., per cui è stata proprio la definizione giuridica di impresa (*rectius*: di imprenditore) a permettere la liberazione del concetto di azienda da ogni riferimento a elementi soggettivi.

<sup>22</sup> "Dimensione [...] all'interno della quale essa ha occupato sostanzialmente ogni posizione immaginabile", come osserva M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 9.

<sup>23</sup> "La sua astrazione pregiuridica", come afferma T. TABELLINI, *Il concetto d'azienda*, cit., p. 85. Si veda anche F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 65 ss.

<sup>24</sup> R. TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, cit., p. 15.

<sup>25</sup> Sull'assenza di controversie in merito a questa generica definizione si veda R. TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, cit., p. 18 e A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959, p. 82.

<sup>26</sup> Come afferma M. CASANOVA, *Studi sulla teoria dell'azienda*, Roma, 1938, p. 67.

<sup>27</sup> Cfr. TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, cit., p. 18.

<sup>28</sup> Ancora T. TABELLINI, *Il concetto di azienda*, cit., p. 88, per cui sono l'organizzazione e la mutabilità dell'azienda che conferiscono la vita all'azienda, "vita ch'è movimento, ricambio, trasformazione e sviluppo". In questo senso anche F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 67, che paragona l'azienda ad "un fiume che nel suo tragitto si alimenta dell'acqua che per molteplici rigagnoli, ruscelli, torrentelli scende giù dai monti e che convoglia con sé per scaricarla al mare".

<sup>29</sup> In questo senso, G. AULETTA, voce *Azienda*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, p. 2 s.

scambio di beni e servizi”<sup>30</sup>, e che fosse questa funzionalizzazione alla produzione a permettere la distinzione rispetto a qualsiasi altra organizzazione di beni<sup>31</sup>.

La definizione poi confluita nell’art. 2555 c.c. ha definitivamente permesso di distinguere l’azienda dall’impresa (art. 2082 c.c.), delineando quella relazione di mezzo-fine che sussiste tra i due istituti<sup>32</sup>; ma ciò non ha risolto le prospettive di ricostruzione dell’istituto che la dottrina “oggettivistica” stava elaborando.

Nel cambiare punto di osservazione (dal mondo dell’economia a quello del diritto), ci si è presto trovati di fronte all’interrogativo se alla considerazione unitaria dal punto di vista economico dovesse corrispondere la stessa caratteristica anche sotto il profilo giuridico<sup>33</sup>; e cioè come conciliare – anche durante le vicende circolatorie<sup>34</sup> – l’apparente omogeneità economica dell’aggregato produttivo con la natura eterogenea dei beni e dei rapporti giuridici che convergevano nell’azienda<sup>35</sup>.

Entro questo perimetro si è sviluppata la “teoria sull’azienda” e il contrasto tra gli orientamenti unitari e quelli atomistici.

## 2.1. La teoria unitaria

L’emersione di leggi – specie in materia fiscale, giuslavoristica e amministrativa – che consideravano l’azienda nel suo complesso, unitamente alla disciplina di alcuni istituti (tra cui la ditta, i marchi, la concorrenza sleale ecc.) che potevano trovare una concreta spiegazione solo se riferiti all’azienda intesa quale unità giuridicamente tutelata, spinse alla formazione della cd. teoria unitaria dell’azienda<sup>36</sup>.

---

<sup>30</sup> E questa, secondo R. TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell’azienda come oggetto di diritti*, cit., p. 19, costituisce una “definizione generica sulla quale non sussistono controversie”, anche alla luce delle qualificazioni operate in Spagna, Francia e Germania.

<sup>31</sup> Per usare le parole di FERRARA JR., *La teoria giuridica dell’azienda*, cit., p. 88, sono aziende quelle organizzazioni che, capaci di creare ricchezza, rappresentavano “un capitale indipendente” rispetto alla persona che in un dato momento storico vi era a capo.

<sup>32</sup> Lo notano chiaramente M. SPERANZIN, A. TINA, *La cessione d’azienda*, in *Trattato dei contratti* diretto da V. ROPPO, vol. II, Milano, 2014, p. 241 ss., p. 243.

<sup>33</sup> Cfr. TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell’azienda come oggetto di diritti*, cit., p. 16.

<sup>34</sup> Come ricorda G. AULETTA, voce *Azienda*, cit., p. 3.

<sup>35</sup> In questo senso, M. GHIRON, *L’imprenditore l’impresa e l’azienda*, Torino, 1951, p. 259.

<sup>36</sup> E’ questa la spiegazione che fornisce M. GHIRON, *L’imprenditore l’impresa e l’azienda*, cit., p. 260. Queste sono anche le premesse di M. ROTONDI, *Teoria generale dell’azienda*, cit., p. 121. Per una critica, tuttavia, si veda T. TABELLINI, *Il concetto d’azienda*, cit., p. 125 ss.

In estrema sintesi, secondo questa impostazione, l'azienda costituisce un bene a sé stante rispetto agli elementi che la compongono<sup>37</sup>, derivandone per titolare un diritto di proprietà unitario che coesiste con i diritti reali e/o obbligatori che lo stesso vanta sui singoli beni facenti parte del compendio; così, tutti i rapporti che hanno per oggetto l'azienda sarebbero regolati "sul presupposto che l'azienda costituisce un bene unico e, quindi, un unico oggetto di diritto nonostante la pluralità dei beni che la compongono"<sup>38</sup>, i quali rimarrebbero altrimenti oggetto di diritti autonomi se non venissero inseriti nell'organizzazione aziendale.

Il "nesso unificatore"<sup>39</sup> tra il mondo economico e quello giuridico sarebbe rappresentato dal concetto di *universitas*<sup>40</sup>: l'azienda sarebbe il risultato di un procedimento di unificazione che non si definisce solo a livello socio-economico un'entità, ma che troverebbe una considerazione unitaria anche sotto il profilo giuridico<sup>41</sup>.

A più riprese, l'azienda è stata così declinata all'interno delle *universitas facti* o *iuris*<sup>42</sup> a seconda del fatto che si ritenesse il complesso di beni come il risultato della creazione della volontà del singolo che imprime agli stessi una destinazione coordinata (*universitas facti*), oppure che l'unificazione avvenisse *ope legis*, indipendente dalla volontà umana (*universitas iuris*)<sup>43</sup>. Muovendo dal diritto romano e, in particolare,

---

<sup>37</sup> "In una sorta di ipostatizzazione del complesso rispetto alle componenti", come afferma M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 63.

<sup>38</sup> G. AULETTA, *Dell'azienda*, in G. AULETTA, R. FRANSCELLI, D. RENDE, *Del lavoro (artt. 2555-2642)*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1964, p. 20.

<sup>39</sup> Come afferma T. TABELLINI, *Il concetto d'azienda*, cit., p. 123.

<sup>40</sup> Intesa come "quella riunione fisica od economica di elementi che l'ordinamento giuridico consideri, almeno in certi rapporti, come entità unica, sottoposta ad una disciplina nuova e diversa da quella ch'è propria degli elementi singoli": cfr. M. ROTONDI, *Teoria generale dell'azienda*, cit., p. 119.

<sup>41</sup> Cfr. G. COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. I, t. 1, Padova, 1993, p. 239, per cui attraverso l'idea dell'*universitas* "ci si rende conto della rilevanza unificante della destinazione dei beni [...] e soprattutto si trova, sul terreno logico e giuridico, un riscontro alla percezione comune sul terreno economico e sul piano pratico".

<sup>42</sup> Sulla base anche dei richiami alla letteratura straniera: quella francese più orientata verso l'*universitas facti*, quella tedesca verso l'*universitas iuris*.

<sup>43</sup> Questa è l'impostazione maggiormente accolta. Invero, si deve osservare come lo stesso confine tra le due tipologie di *universitates* non fosse del tutto chiaro: per alcuni (cfr. E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. III, 1905, p. 8 ss.) il criterio differenziatore risiedeva nel fatto che l'*universitas facti* avesse una esistenza reale, mentre l'*universitas iuris* una esistenza fittizia; per altri ancora (cfr. C. FADDA e P.E. BENZA, *Note a B. Windschield, Diritto delle pandette*, Torino, 1926, p. 58 ss.) l'*universitas facti* è rappresentata solamente da elementi materiali, mentre nell'*universitas iuris* sarebbero presenti anche elementi immateriali e, soprattutto, diritti e rapporti giuridici.



dalla (discussa) nozione di *corpora ex distantibus*<sup>44</sup>, la letteratura anteriore all'introduzione dell'attuale Codice civile faceva leva sul concetto di azienda commerciale quale universalità di cose, considerandola come autonomo oggetto giuridico rispetto agli elementi che la componevano<sup>45</sup>. L'accostamento all'*universitas facti* – seguito dalla giurisprudenza dell'epoca<sup>46</sup> – derivava così dal fatto che l'azienda veniva accostata ad un complesso di cose formato da *corpora*, aggregati dall'uomo secondo "organizzazione" in vista dell'avviamento ad un processo economico<sup>47</sup>.

Tale ricostruzione sconta una serie di problemi, che si rivelano oramai assorbenti, poiché per configurare un'universalità ai sensi dell'art. 816 c.c. è necessario che: (i) ci sia una pluralità di beni mobili, ciascuno dotato della propria individualità economica e giuridica; (ii) che questi beni appartengano ad un solo soggetto; infine, (iii) che l'elemento che collega i vari beni sia la destinazione unitaria, "cioè l'identica finalità a cui sono"<sup>48</sup>. Se quest'ultimo elemento è facilmente riscontrabile nell'azienda (e in particolare nell'"organizzazione" richiesta ex art. 2555 c.c.), non è lo stesso per i primi due: da un lato perché i beni facenti parte del complesso possono essere rappresentati anche da beni immobili e beni incorporali<sup>49</sup>, dall'altro perché non è detto che gli stessi appartengano allo stesso proprietario, ben potendo

---

<sup>44</sup> E' frequente il richiamo al celebre passo di Pomponio D.41.3.30.pr. "*tria autem genera sunt corporum, unum quod continetur uno spiritu et Graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex*", che ha costituito la premessa per attribuire valore alle universalità. In generale, sul tema, si veda R. SIRACUSA, *La nozione di "universitas" nel diritto romano*, Milano, 2016.

<sup>45</sup> In questo senso, tra gli altri, si vedano A. ROCCO, *Principi di diritto commerciale*, Torino, 1928, p. 269; F. CARNELUTTI, *Valore giuridico della nozione di azienda commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, p. 156 ss.; M. ROTONDI, *Teoria generale dell'azienda*, cit., p. 108 ss.

<sup>46</sup> Così F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 105, ed ivi i riferimenti del caso.

<sup>47</sup> Dunque "l'aggregazione è il risultato e il riflesso dell'organizzazione", come suggerisce M. GHIDINI, *Disciplina giuridica dell'impresa*, Milano, 1950, p. 186, che sottolinea come sia proprio l'aggregazione, ad opera dell'uomo, che farebbe rientrare l'azienda nel novero delle *universitas facti*.

<sup>48</sup> Ancora, sul punto, G.U. TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, vol. XVIII, Torino, 1983, p. 13; V. TAMPANO, *Cessione d'azienda: rapporti contrattuali pendenti e perimetro del fenomeno successorio*, in *Contratti*, 2020, p. 272 ss., p. 274.

<sup>49</sup> Cfr. F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 107, il quale tuttavia chiarisce che questo non esclude che una parte dell'azienda (es. merci nel magazzino o l'arredamento nel negozio) possano a loro volta costituire una universalità di mobili. Analogamente, G. COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., p. 245; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 350 ss. Sul punto, si veda anche G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. III, Padova, 1979, p. 6 s., per cui "proprio nelle materie per le quali la legge dà rilievo alla categoria dell'*universitas* permane una netta divergenza tra la disciplina dell'universalità mobiliare, da un lato, e quella della circolazione degli immobili, dall'altro".

configurarsi ipotesi di sola attribuzione in godimento in favore dell'imprenditore (es. si pensi ad un capannone o a un macchinario locato).

Peraltro, si riscontrano diversità di fondo tra l'azienda e gli altri aggregati che sono normalmente ricondotti alle universalità: questi ultimi sono solitamente rappresentati da una massa di *res* omogenee tra loro (es. si pensi al gregge, o alla biblioteca per citare gli esempi più classici sul tema) e mancano di quella "interdipendenza e fusione dei componenti, quella trasformazione del complesso in un *quid novi* [...] che caratterizza l'azienda"<sup>50</sup>.

Neppure sembra convincente il tentativo di sostenere che, quand'anche l'azienda non fosse una *universitas facti*, sarebbe comunque sussumibile all'interno di un'altra tipologia di *universitas*. Questa tesi presuppone che esista un più ampio *genus* della categoria delle universalità di beni<sup>51</sup> (di cui l'*universitas facti* sarebbe solo una *species*), ricavando tale deduzione sia dal dato formale dell'equiparazione contenuta nell'art. 670 c.p.c. dell'azienda alle "altre universalità di beni", sia dalla generica constatazione per cui la destinazione unitaria impressa ad un complesso di beni sia di per sé idonea a creare una *universitas*<sup>52</sup>.

Al di là della "scarsa solidità degli argomenti addotti"<sup>53</sup>, anche questa prospettazione cerca di risolvere i problemi interpretativi legati all'istituto attraverso un riferimento – quello alle universalità – che da un lato non ha alcun fondamento normativo e, dall'altro, è già esplicitato nella definizione di cui all'art. 2555 c.c.<sup>54</sup>; in sostanza, non è necessario scomodare un concetto privo di fondamento positivo e "dai contorni indeterminati"<sup>55</sup> per affermare un principio che è già compreso nella lettera della legge e da cui, comunque, non deriva alcuna conseguenza sul piano pratico<sup>56</sup>.

---

<sup>50</sup> In questo senso, T. TABELLINI, *Il concetto d'azienda*, cit., p. 123.

<sup>51</sup> E' di questa opinione M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 349 e P. GRECO, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 211.

<sup>52</sup> Ancora, M. CASANOVA, *Impresa e azienda* cit., p. 349; inseriscono l'azienda in una universalità diversa da quella di cui all'art. 816 c.c. anche G. MINERVINI, *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Napoli, 1970, p. 125; G. ROMANO-PAVONI, *La disciplina dell'azienda e la successione ex art. 2558 c.c. nel contratto di locazione*, in *Riv. dir. ind.*, 1952, p. 158.

<sup>53</sup> Come osserva G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 8.

<sup>54</sup> E, peraltro, il fatto che il complesso di beni aziendali abbia una vocazione (o destinazione) unitaria è espressamente riconosciuto anche dai sostenitori delle teorie atomistiche: per tutti cfr. F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 28.

<sup>55</sup> G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 9.

<sup>56</sup> Ancora V. TIMPANO, *Cessione d'azienda: rapporti contrattuali pendenti e perimetro del fenomeno successorio*, cit., p. 274, per cui "l'artificiosa creazione di una nuova figura di *universitas*,

Qualche conseguenza pratica potrebbe derivare dalla qualificazione dell'azienda come *universitas iuris*, intesa come patrimonio distinto dal restante patrimonio dell'imprenditore: in questo modo, è stato sottolineato come – con un'applicazione analogica delle norme dettate in tema di fusione tra società o in tema di vendita ereditaria<sup>57</sup> – si potrebbe ritenere che il trasferimento dell'azienda comprenda “anche i rapporti obbligatori attinenti alla [stessa], creati cioè in dipendenza e per i fini del suo esercizio”<sup>58</sup>.

Ma tale interpretazione sarebbe legittima solo se dalle norme che riguardano il trasferimento dell'azienda (in particolare gli artt. 2558, 2559 e 2560 c.c.) si potesse trarre che l'azienda viene considerata come un patrimonio a sé stante; e sarebbe utile, poi, se dall'analisi delle regole codicistiche emergessero lacune che potrebbero essere colmate con l'applicazione analogica di altre norme che riguardano il trasferimento di altri patrimoni a sé stanti<sup>59</sup>.

In realtà, come si vedrà<sup>60</sup>, dalle norme dettate in materia di azienda non è possibile dedurre questa impostazione e dunque anche la qualificazione dell'istituto come una *universitas iuris* non porta ad alcuna conseguenza pratica.

Più in generale, dopo il 1942, tutte le teorie unitarie sembrano scontrarsi con un dato insuperabile: l'art. 2556 c.c. nega che esista, in fase circolatoria, una norma che disciplini in modo unitario l'azienda; dunque, indirettamente, respinge l'idea dell'unitarietà dell'azienda stessa<sup>61</sup>, poiché sarebbe difficile ipotizzare che all'unitarietà sotto il profilo statico non possa seguire la medesima caratteristica sotto il profilo dinamico e circolatorio.

---

che non è oggetto di alcuna disposizione normativa [...] risulta quindi priva di utilità se non sul piano meramente descrittivo”.

<sup>57</sup> G.E. COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei debiti e dei crediti*, Padova, 1972, p. 7 s.

<sup>58</sup> P. GRECO, *Corso di diritto commerciale. Impresa e azienda*, Milano, 1975, p. 244.

<sup>59</sup> Queste sono le considerazioni di G.E. COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda*, cit., p. 8.

<sup>60</sup> *Infra*, Cap. I, § 3.

<sup>61</sup> In questo senso, tra i molti, AULETTA, *Dell'azienda*, cit., p. 204; G. FERRARI, voce *Azienda (dir. priv.)*, Milano, 1959, p. 709; F. GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 1970, p. 79; G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 12.

Nonostante questo, si deve sottolineare come la giurisprudenza sia – più o meno consapevolmente<sup>62</sup> – orientata nel qualificare l’azienda come un’*universitas*<sup>63</sup>, e ancora di recente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>64</sup> si siano espresse nel senso di affermare che essa costituirebbe un “bene distinto dai singoli componenti”, come tale suscettibile di possesso e di usucapione.

## 2.2. La teoria atomistica

L’origine della teoria atomistica è attribuita a Vittorio Scialoja<sup>65</sup>, il quale, sempre partendo dal concetto di *universitas*, ne escludeva la trasposizione con riguardo all’azienda<sup>66</sup>, sulla scorta del fatto che essa non potesse essere oggetto di rapporti giuridici diversi da quelli che riguardano le singole cose che la compongono<sup>67</sup>. In questi termini, un’*universitas* non avrebbe potuto avere “un’importanza giuridica diretta, [poiché] non è dal diritto costituita quale cosa per sé stante”, ma solamente una rilevanza indiretta, “come elemento d’interpretazione della volontà o qual criterio per giudicare del modo come debbono essere amministrati certi complessi di cose”<sup>68</sup>. Così, al carattere unitario sotto il profilo economico-contabile non sarebbe dovuto seguire il suo analogo sotto il profilo giuridico.

---

<sup>62</sup> L. BOGGIO, *La proprietà dell’azienda come «bene distinto dai singoli componenti»: possesso ed usucapione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1447 ss.; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1993, p. 240.

<sup>63</sup> Talvolta, in modo tralucido e senza apparente argomentazione, il riferimento è all’*universitas rerum*, all’*universitas facti* o all’*universitas iuris*: cfr. Cass. 17.04.2019, n. 10756; Cass. 31.07.2012, n. 13962; Cass. 15.05.2006, n. 11130; Cass. 27.03.1996, n. 2714; App. Milano, 28.03.2002; App. Torino, 19.11.1992; Trib. Bologna, 14.03.1989.

<sup>64</sup> Il riferimento è a Cass., sez. un., 05.03.2014, n. 5087, in *Foro it.*, 2014, c. 1814 ss. Non è questa la sede per affrontare dettagliatamente il problema. Si rinvia, per un approfondimento, all’esaustivo contributo di L. BOGGIO, *La proprietà dell’azienda come «bene distinto dai singoli componenti»: possesso ed usucapione*, cit., *passim*.

<sup>65</sup> V. SCIALOJA, nota a Cass. Roma, 24.11.1882, in *Foro it.*, 1883, c. 705 ss.

<sup>66</sup> Più correttamente, il caso sottoposto all’attenzione della Corte di Cassazione di Roma riguardava un magazzino e il complesso di merci in esso presenti. La questione sarà ripresa anche da L. BARASSI, nota a Pret. Cantù, 16.12.1911, in *Foro it.*, 1912, c. 315 ss., che trattando lo stesso tema riguardante la locazione dell’azienda, afferma che essa si risolve in una pluralità di negozi in relazione ai singoli elementi di cui la stessa azienda si compone.

<sup>67</sup> In realtà, anche secondo T. TABELLINI, *Il concetto d’azienda*, cit., p. 123, tra l’azienda e gli aggregati normalmente classificati come universalità ci sono differenze, al punto che “gli aggregati classificati nelle universalità, sono, in definitiva, delle riunioni, delle raccolte di cose; nulla più”.

<sup>68</sup> Cfr. V. SCIALOJA, cit., c. 709 s.

L'impostazione che viene così proposta considera l'azienda come una mera pluralità di beni di diversa natura – tra loro solo funzionalmente collegati – nei confronti dei quali l'imprenditore può vantare diritti diversi; dunque non una realtà diversa dalle sue componenti, una *res* nuova o un autonomo diritto, ma semplicemente l'unione più elementi che vanno valutati uno per uno “perché la loro sorte è distinta”<sup>69</sup>. Si osserva che i vari beni costituenti l'azienda possono essere oggetto di negozi da parte dell'imprenditore anche in base a titoli diversi, e che ciò non potrebbe condurre a riconoscere, in capo a quest'ultimo, un diritto di proprietà sull'intera azienda<sup>70</sup>; ragionando diversamente ci si troverebbe davanti all'ipotesi di imporre un mutamento del potere dispositivo sull'azienda, che non sarebbe consentito in assenza di una specifica norma giuridica.

E così, nonostante il legislatore utilizzi a più riprese il termine “azienda” con riferimento ad ipotesi di trasferimento della proprietà o del godimento della stessa, ciò che avrebbe inteso era semplicemente “quello di sostituire un termine sintetico ad un'elencazione dettagliata di beni, affermando così una comprensività solo sul piano linguistico e non giuridico”<sup>71</sup>.

In realtà, occorre sottolineare che anche la teoria atomistica non ha mai negato l'esigenza di tutelare l'unitarietà economica dell'azienda, poiché riconoscere che i beni aziendali rimangono distinti (nonostante la loro connessione in vista di una finalità economica) non significa che tale unitarietà funzionale non sia presa in considerazione dal diritto<sup>72</sup>: da un lato i beni aziendali possono essere oggetto di un unico negozio anche laddove si sia in presenza di una loro pluralità<sup>73</sup>; dall'altro questa tutela del

---

<sup>69</sup> Così F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 108, il quale tuttavia arriva a non accettare la tesi atomistica, in quanto “nichilista [...], perché urta troppo vivacemente con la palpitante realtà della vita che ci presenta l'azienda come un tutto unitario”.

<sup>70</sup> In questo senso G.U. TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., p. 17.

<sup>71</sup> C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, *Dell'azienda*, Milano, 2014, p. 25.

<sup>72</sup> G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 16. D'altronde è la stessa legge a tutelare l'organizzazione e l'efficienza economica dell'azienda attraverso il dovere di conservazione laddove questa circola a titolo di godimento (usufrutto o affitto). Si veda anche L. SORDELLI, *Le teorie giuridiche dell'azienda. Cenni storiografici sull'evoluzione di un dogma e altre notazioni*, cit., p. 326.

<sup>73</sup> In questo senso, G. FERRARI, voce *Azienda (dir. priv.)*, cit., p. 698; G. E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 17, che specifica come l'eventuale nullità del trasferimento di alcuni beni possa comportare la nullità dell'intero negozio se quelle componenti debbano ritenersi essenziali *ex art.* 1419 c.c.; un analogo principio può ricavarsi anche dalle norme in tema di vizi o mancanza delle qualità essenziali dell'azienda (artt. 1480 e 1484 c.c.). La legge offre dunque una tutela “in negativo” che impedisce il trasferimento quando esso sia inidoneo a soddisfare l'aspettativa di produttività dell'acquirente.

coordinamento viene espressamente esplicitata in tema di usufrutto e di affitto, dove vi è un dovere di conservazione dell'efficienza dell'organizzazione e delle scorte in capo a chi riceve l'azienda in godimento; infine, anche in tema di compravendita, gli stessi artt. 2557, 2558 e 2559 c.c. sono dettati per agevolare il subingresso dell'acquirente nel coordinamento del compendio aziendale, laddove prevedono rispettivamente il divieto di concorrenza a carico dell'alienante, il subentro nei contratti aziendali e una semplificazione delle formalità per l'opponibilità ai terzi dei crediti relativi all'azienda ceduti all'acquirente.

In sostanza, “la tutela dell'unità economica dell'azienda è stata raggiunta con una particolare regolamentazione del rapporto d'acquisto, non già col fare dell'azienda un unico oggetto di diritto”<sup>74</sup>.

Secondo parte della dottrina, la tesi avrebbe trovato una definitiva consacrazione nell'art. 2556 c.c., laddove viene previsto che per il trasferimento dell'azienda bisogna osservare le forme che la legge stabilisce per il trasferimento dei singoli beni; in questo senso, l'assenza di una norma specifica dedicata alla circolazione del complesso dei beni considerato nel suo insieme deporrebbe a favore di una frammentazione dell'istituto: dunque per negare l'esistenza di un bene diverso dagli stessi beni che compongono l'azienda. D'altronde, non sarebbe possibile rinvenire, tra le forme che la legge prescrive per il trasferimento di singoli beni, quale scegliere per il trasferimento dell'azienda intera<sup>75</sup>.

### *3. Irrilevanza della natura giuridica dell'azienda ai fini della presente indagine. Premessa metodologica.*

La prospettiva con la quale è sempre stata trattata l'azienda, e cioè l'indagine sulla sua dimensione reale di bene per comprenderne la natura giuridica e – solo di conseguenza – la disciplina ad essa applicabile, non si rivela appropriata rispetto ad una trattazione che si propone di indagare la cessione (e la restituzione) della stessa;

---

<sup>74</sup> Così chiosa G. AULETTA, *Commento sub art. 2555 c.c.*, cit., p. 23.

<sup>75</sup> In questo senso, ancora G. AULETTA, *Commento sub art. 2555 c.c.*, cit., p. 23 ss., per cui questa è la migliore prova dell'impossibilità di configurare l'azienda come un bene nuovo: così infatti se non venisse osservata la formalità richiesta per un determinato bene, l'acquirente potrebbe acquistare la restante parte dell'azienda ma non quel bene particolare.

in questo senso, è stato correttamente rilevato come, da un punto di vista metodologico, ci sia il rischio di perdere la fondamentale “connotazione giuscommercialistica”<sup>76</sup> alla base della disciplina codicistica.

Se la ricostruzione dell’istituto per determinare la natura giuridica dell’azienda era giustificabile anteriormente alla codificazione del 1942<sup>77</sup> – in quanto in assenza di una specifica disciplina era preliminarmente necessario comprendere che cosa si intendesse per “azienda” – la lettura degli artt. 2555 ss. impone oggi un mutamento dell’impostazione nell’approccio. Risulta pertanto scorretto<sup>78</sup> far discendere la soluzione di problemi pratici relativi all’azienda e al suo trasferimento – tra cui, in particolare, la tematica del trasferimento (e del ritrasferimento) di crediti e debiti all’acquirente – da una aprioristica adozione dell’una o dell’altra tesi sulla natura giuridica, senza confrontarsi con il dato positivo. In altre parole, oggi “la costruzione non può precedere, ma deve (eventualmente) seguire l’interpretazione delle norme”<sup>79</sup>, pena un’inaccettabile inversione logica che complica il processo interpretativo delle disposizioni<sup>80</sup>.

La ricerca della natura giuridica dell’azienda potrebbe essere un valido aiuto per l’interprete laddove essa consentisse di integrare la disciplina specifica (artt. 2555 ss. c.c.), con un’altra disciplina dettata per la categoria a cui l’azienda viene ricondotta: così, l’operazione di ricerca della natura giuridica non si limiterebbe ad un mero approccio nominalistico, ma costituirebbe il mezzo per integrare una disciplina ancora oggi ritenuta frammentaria<sup>81</sup> (per esempio, in vista dell’applicazione di regole che

---

<sup>76</sup> M. CIAN, *Dell’azienda*, cit., p. 11.

<sup>77</sup> Per M. CIAN, *Dell’azienda*, cit., p. 62, “nulla di più comprensivo, nella prospettiva tradizionale”.

<sup>78</sup> O, più correttamente, “del tutto arbitrario” come afferma G.E. COLOMBO, *L’azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 2. In questo senso anche L. PRATI, *Il trasferimento d’azienda*, Torino, 2005, p. 2 ss.; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1993, p. 239.

<sup>79</sup> G.E. COLOMBO, *L’azienda e il suo trasferimento*, p. 3.

<sup>80</sup> D. RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1962, p. 151. In questo senso anche M. CIAN, *Dell’azienda*, cit., p. 69, secondo cui “non è da un’apodittica ricostruzione dogmatica che possono trarsi deduzioni in ordine alla suscettibilità di determinate vicende [...], ma dalla valutazione degli eventuali effetti giuridici che delle prime potrebbero essere propri che può indursi una data qualificazione dell’azienda”.

<sup>81</sup> Sul punto, P. SPADA, *Lezione sull’azienda*, in AA.VV., *L’impresa*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 1985, p. 45, per il quale la classificazione può essere utile solo nella misura ad essa faccia seguito una determinata disciplina, altrimenti essa “ha *al più* un significato mnemonico e *almeno* un significato estetico”, ma ciò sarebbe del tutto inutile poiché “tutti sappiamo che l’azienda ha una disciplina; e allora, rispetto all’applicazione della disciplina, bisogna vedere quale posizione assuma l’azienda”. Come osserva, quasi con un gioco di parole, G.E. COLOMBO, *L’azienda e il suo*

riguardano l'usucapibilità dell'azienda, la sua rivendicazione o ancora la tutela possessoria)<sup>82</sup>.

Ma lo scontro tra le teorie unitarie e atomistiche non consente, allo stato, di risolvere il problema circa la natura giuridica dell'azienda, né di fornire un valido aiuto nell'indagine circa il trasferimento – e la restituzione – della stessa<sup>83</sup>: il ragionare in termini di universalità, al di là di una mera classificazione concettualistica, non sarebbe in grado di fornire la base dalla quale operare integrazioni normative, giacché le uniche disposizioni che possono venire in rilievo sono di carattere definitorio (art. 816 c.c.), riguardano l'usucapione (art. 1160 c.c.), il pegno (art. 2784 c.c.) o il pignoramento (art. 2914 c.c.).

E analogamente, la ricostruzione della cessione d'azienda come cessione della pluralità dei suoi singoli elementi non consentirebbe di spendere più ampie considerazioni che, suffragate (queste sì) da disposizioni normative e dalla loro interpretazione, rischierebbero di far perdere la connotazione che il legislatore ha inteso assegnare a questo compendio produttivo, e di ingessare il fenomeno circolatorio entro una pluralità di schemi già conosciuti dall'ordinamento, che sono tuttavia dettati per beni di differente natura.

#### *4. La cessione d'azienda come sostituzione imprenditoriale. Effetti negoziali ed effetti legali.*

È necessario provare ad impostare il problema relativo alla cessione dell'azienda partendo da un'altra angolazione, che tenga conto del valore dinamico dell'attività produttiva e rifiuti considerazioni aprioristiche di tipo classificatorio.

Anticipando in parte i risultati a cui si perverrà all'esito di questo primo capitolo, si deve segnalare come la disciplina del Codice civile sia improntata a valutazioni che

---

*trasferimento*, cit., p. 4, questo rinvenimento di ulteriori norme si pone “tra il risalire dalle norme alla natura giuridica e il ridiscendere dalla natura giuridica alla rilettura delle norme”.

<sup>82</sup> Cfr. V. TIMPANO, *Cessione d'azienda: rapporti contrattuali pendenti e perimetro del fenomeno successorio*, cit., p. 274; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., p. 240.

<sup>83</sup> Si veda anche A. BORTOLUZZI, G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento d'azienda*, Torino, 2010, p. 44 ss., per i quali il ricorso alla teoria atomistica o unitaria sarebbe del tutto irrilevante dove si debba discorrere di un trasferimento d'azienda, poiché nessuna delle due tesi è in grado di cogliere il problema circa la circolazione dei beni che compongono il compendio aziendale.



non attengono alla dimensione reale – intesa come fattispecie statica – dell’azienda, ma piuttosto a quella dinamica: al di là dell’art. 2555 c.c. (dal controverso contenuto definitorio), il Codice considera l’azienda sotto il profilo del suo trasferimento o, più in generale, della sua circolazione.

Gli artt. 2556 e 2557 c.c. presuppongono il trasferimento dell’azienda quale fattispecie che incide, rispettivamente, sui requisiti formali indispensabili e sull’obbligo di non concorrenza a carico dell’alienante<sup>84</sup>; il trasferimento e l’interesse a mantenere l’attitudine produttiva dell’aggregato è la *ratio* alla base dell’art. 2558 c.c. che, in deroga alla disciplina generale di cui all’art. 1406 c.c., sancisce il subentro dell’acquirente nei contratti stipulati dall’alienante per il funzionamento dell’azienda<sup>85</sup>; ancora, il trasferimento d’azienda è alla base – seppur indirettamente – della disciplina contenuta negli artt. 2559 e 2560 c.c.<sup>86</sup>; infine, anche gli articoli dedicati all’usufrutto e all’affitto (art. 2561 e art. 2562 c.c.) considerano l’azienda sotto il profilo del dinamismo negoziale.

Da ciò discende che l’intero Capo contenente le “Disposizioni generali” sull’azienda non è tanto dedicato al bene “azienda” in sé, ma piuttosto al suo “trasferimento”<sup>87</sup>, sia esso declinato entro un negozio che ceda a l’azienda a titolo definitivo, oppure che la conceda solo a titolo di godimento (usufrutto o affitto).

Una conferma si rinviene poi anche in altre disposizioni del Codice, sempre dedicate al fenomeno: l’art. 2112 c.c., dettato in materia di mantenimento dei diritti dei lavoratori durante i trasferimenti d’azienda, considera ancora una volta l’azienda nel suo profilo dinamico, imponendo obblighi congiunti al cedente e al cessionario<sup>88</sup>;

---

<sup>84</sup> Cfr. R. TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell’azienda come oggetto di diritti*, cit., p. 118.

<sup>85</sup> Fatte salve le eccezioni e le problematiche connesse a questa disposizione che saranno analizzate *infra*, Cap. I, § 10.3 ss. Sul punto, C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, *Dell’azienda*, cit., p. 70.

<sup>86</sup> Come rileva M. CIAN, *Dell’azienda*, cit., p. 12 ss., il regime di (co)responsabilità dell’acquirente si giustifica sulla base della continuazione dell’attività imprenditoriale da parte dell’acquirente, e non soltanto nell’ottica di preservare una più ampia garanzia patrimoniale in capo al creditore: d’altronde, potrebbe pacificamente profilarsi anche il caso di una cessione d’azienda formata da beni condotti in locazione in capo all’alienante.

<sup>87</sup> E dunque sulla base di questa impostazione va riletta in chiave critica l’obiezione mossa da P. SPADA, *Lezione sull’azienda*, cit., p. 47, per cui l’azienda dovesse essere collocata nel III Libro del Codice civile, all’interno della disciplina dei beni.

<sup>88</sup> Vale a dire “qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un’attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l’usufrutto o l’affitto di azienda”. Il comma prosegue poi specificando che le disposizioni di cui all’art. 2112 c.c. “si applicano altresì al trasferimento di parte dell’azienda, intesa come articolazione funzionalmente

ancora, in leggi speciali – su tutte quella fallimentare – in cui il compendio produttivo viene valutato, anche nell’ottica di una completa valorizzazione dell’attivo, in funzione delle sue vicende circolatorie e del principio di continuità aziendale (cfr., per esempio, artt. 104, 104-*bis*, 105 l. fall.)<sup>89</sup>.

I dati normativi appena delineati impongono un ripensamento dell’istituto.

L’azienda viene presa in considerazione dal legislatore non già come un complesso inerte di beni, ma piuttosto sotto il profilo dell’attività di impresa<sup>90</sup>: vale a dire il subingresso (sia esso a titolo definitivo o a titolo di godimento) di un soggetto in una realtà imprenditoriale definita dall’azienda stessa, in una sorta di continuazione “del medesimo compito produttivo”<sup>91</sup>. E in questo senso si richiama, esaltandolo, lo stretto rapporto di mezzo-fine che lega l’azienda all’impresa<sup>92</sup>, al punto che “*passaggio di azienda è passaggio di impresa*”<sup>93</sup>.

Ciò ha dirette implicazioni nell’esame qui condotto: considerare la cessione (e, come si vedrà, anche la retrocessione) d’azienda come un fenomeno diretto alla continuazione di un’attività imprenditoriale, anziché di semplice (ri)allocazione di (un complesso di) beni, porta con sé valutazioni che riguardano l’esatto inquadramento dell’intera fattispecie.

Da questo punto di vista, il fatto che sia l’azienda il bene oggetto di trasferimento (sia esso a titolo definitivo o di semplice godimento) influenza il piano causale del negozio: si connota, dunque, per una funzione che non vuole solo essere attributiva di un diritto, ma anche “sostitutiva” di un progetto imprenditoriale<sup>94</sup>.

---

autonoma di un’attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento”.

<sup>89</sup> Cfr., rispettivamente, gli artt. 211, 212 e 214 del nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza (d. lgs. 19.10.2017, n. 155).

<sup>90</sup> L. SORDELLI, *Le teorie giuridiche dell’azienda. Cenni storiografici sull’evoluzione di un dogma e altre notazioni*, cit., p. 328.

<sup>91</sup> Così M. CIAN, *Dell’azienda*, cit., p. 24, il quale tuttavia chiarisce che nulla esclude che poi ci sia una totale autonomia nella gestione dell’azienda.

<sup>92</sup> Ancora, M. SPERANZIN, A. TINA, *La cessione d’azienda*, cit., p. 243 ss. In giurisprudenza, tra le molte pronunce, Cass. 09.10.2009, n. 21481; Cass. 22.01.2013, n. 1405; Cass. 15.05.2008, n. 12169.

<sup>93</sup> Laconicamente, M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 733, che argomenta sulla base del fatto che la stessa nozione di azienda richiama l’esercizio dell’impresa, così che ogni suo trasferimento non può che comportare, logicamente, un trasferimento di impresa.

<sup>94</sup> M. CIAN, *Dell’azienda*, cit., p. 35. Nel senso che il trasferimento d’azienda costituisce un negozio atipico, A. BORTOLUZZI, G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento d’azienda*, cit., p. 49 s.

Non è un caso che la giurisprudenza riconosca come vi sia spesso una “identità della funzione economica” tra la cessione di azienda e la cessione totalitaria di quote di una società: i casi noti attengono al fatto che l’amministrazione tributaria riqualifica il contratto sottoscritto dalle parti, quando

Di questo più ampio *genus* del trasferimento d'azienda fa ovviamente parte – quale *species* – la cessione.

Invero, non è in dubbio che il trasferimento di un'azienda determini, in prima battuta, l'applicazione della disciplina legale prevista per il tipo negoziale posto in essere tra le parti. D'altronde, è lo stesso art. 2556 c.c. che prevede che ai fini della validità del contratto che trasferisce l'azienda si faccia riferimento alla forma eventualmente prevista “dalla natura del contratto”, con ciò ammettendo che il trasferimento d'azienda si avvale di altri “tipi contrattuali” presenti nell'ordinamento. E così, di fronte ad una cessione, varranno le ordinarie regole previste dal Codice civile in materia di compravendita. Per esempio, si ritengono operanti la disciplina sulla garanzia per l'evizione, quella per i vizi e i difetti della cosa<sup>95</sup> (intesa come nel suo complesso, sia per i singoli beni che compongono l'azienda)<sup>96</sup> e – laddove pattuita – quella per il buon funzionamento<sup>97</sup>; la prassi contrattuale prevede spesso clausole specifiche che attengono alle caratteristiche, alla produttività, alle *performance* del complesso produttivo<sup>98</sup>.

Ciò, tuttavia, non esaurisce il perimetro delle norme applicabili.

Il contratto di cessione d'azienda si intreccia con ulteriori effetti (a volte dispositivi, a volte imperativi), che discendono dall'applicazione degli artt. 2556 ss. c.c.: i suoi *naturalia negotii*<sup>99</sup>. Gli obblighi pubblicitari, il divieto di concorrenza e le disposizioni dedicate ai rapporti pendenti costituiscono una conseguenza logica, con

---

esso viene stipulato con funzione elusiva delle norme tributarie: cfr., per esempio, Comm. trib. prov.le Milano, 04.10.2018, n. 4164; Cass., sez. trib., 12.05.2017, n. 11873; Cass. 27.01.2017, n. 2054.

<sup>95</sup> Per un'applicazione giurisprudenziale in materia di vizi dell'azienda sull'inidoneità dei locali e delle attrezzature cedute ai fini dell'esercizio di un'attività di ristorazione, si veda Trib. Torino, 14.03.2017, n. 1355.

<sup>96</sup> M. SPERANZIN, A. TINA, *La cessione d'azienda*, cit., p. 271 s.; G. BONFANTE, G. COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, vol. I, Padova, 2001, p. 648; G. FERRARI, voce *Azienda*, cit., p. 699.

<sup>97</sup> Sulla differenza di questa clausola rispetto a quella per vizi, si veda la recente Cass. 14.02.2019, n. 4298, per cui “la garanzia di buon funzionamento ex art. 1512 c.c., non sorge direttamente dalla legge ma di regola da una apposita clausola contrattuale, ed opera in modo autonomo e indipendente rispetto alle regole proprie della garanzia per i vizi della cosa venduta e della ordinaria responsabilità per mancanza di qualità della cosa stessa, ed attua, con l'assicurazione di un determinato risultato (il buon funzionamento per il tempo convenuto), una più intensa tutela del compratore, essendo normalmente integrativa, e non sostitutiva, della garanzia legale per vizi ex art. 1490 c.c.”.

<sup>98</sup> A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, 2007, p. 278 ss.

<sup>99</sup> Il riferimento è a G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, spec. p. 24 ss. Sul punto, anche P. SPADA, *Lezione sull'azienda*, cit., p. 49, secondo il quale “l'esserci di una azienda arricchisce di effetti *naturali* gli atti di disposizione a titolo definitivo o provvisorio dei beni aziendali”.

cui il legislatore ha inteso completare la disciplina del fenomeno, per realizzare la pienezza del godimento del bene che viene alienato e, parimenti, la tutela dei diritti di soggetti terzi che vengono in contatto con tale alienazione<sup>100</sup>.

A tale proposito, si consideri che alcuni ordinamenti affini al nostro riconducono nel perimetro della volontà delle parti effetti analoghi a quelli che in Italia sono disposti dagli artt. 2556 ss. c.c.: e ciò avviene sia con riferimento al divieto di concorrenza, sia con riguardo alla successione nei rapporti contrattuali in corso di esecuzione, per i quali mancano specifiche disposizioni nei codici stranieri<sup>101</sup>. Il dato comparatistico – al di là dell’indicazione circa il grado di profondità della normativa italiana – conferma l’idea che la cessione d’azienda costituisce un fenomeno negoziale particolarmente complesso e che, a prescindere dalle pattuizioni presenti nel singolo contratto, si fonda su una sostanziosa disciplina normativa<sup>102</sup>.

Dal punto di vista sistematico, rimane tuttavia il dubbio che la cessione d’azienda possa assumere i contorni di un “tipo contrattuale” a sé stante<sup>103</sup>.

A prescindere dalla qualificazione dogmatica, ciò che qui interessa analizzare sono proprio questi effetti legali, strettamente collegati alla cessione, che ora tutelano gli interessi delle parti (come nel caso del divieto di concorrenza), ora salvaguardano quelli dei terzi che entrano in contatto con l’azienda (es. i creditori o i lavoratori); più in generale, l’integrità dello stesso complesso produttivo, che si trova “in primo piano nella gerarchia degli interessi protetti”<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 732 s., secondo cui le regole codicistiche si ispirano tutte “alla vitale esigenza di salvaguardare, nell’ora critica del passaggio dell’azienda, dall’uno all’altro soggetto operante, l’integrità dell’avviamento” (cors. originale); cfr. altresì, D. PETTITI, *Il trasferimento volontario d’azienda*, Napoli, 1970, p. 110 ss.

<sup>101</sup> Per un confronto con l’ordinamento spagnolo, cfr. A. ROJO, *El establecimiento mercantil (II). Transición*, in R. URÍA, A. MENENDEZ, *Curso de derecho mercantil*, Cizur Menor, 2006, p. 150; in Francia, L. VOGEL, *Du droit commercial au droit économique*, in *Traité de droit des affaires Ripert-Roblot*, t. 1, Paris, 2016, p. 543 ss.

<sup>102</sup> M. CIAN, *Dell’azienda*, cit., p. 36.

<sup>103</sup> A. BORTOLUZZI, G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento d’azienda*, cit., p. 49 s.

<sup>104</sup> Interessante la notazione di M. MARTINO, *Risoluzione del contratto e retrocessione dell’azienda ceduta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 725 ss., p. 742, per cui “frammenti di norme consentono di affermare l’esistenza di un principio di conservazione dell’azienda, quale unità indipendente dalla sua composizione”. G.E. COLOMBO, *L’azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 64. La questione degli interessi tutelati da queste norme è trattata in modo approfondito da D. PETTITI, *Il trasferimento volontario d’azienda*, cit., p. 111 ss., il quale distingue tra interessi non presi in considerazione dall’ordinamento (es. quello “pubblico dell’economia generale” e quello “dei consumatori”) e quelli invece che sottostanno alla disciplina di cui agli artt. 2557 ss. c.c.: cioè l’interesse alla “sicurezza delle relazioni sociali” e quello dei soggetti che entrano in relazione con l’imprenditore.

Questa chiave di lettura consente di “rimettere a fuoco”<sup>105</sup> la collocazione dell’azienda (e del suo trasferimento) nella categoria degli oggetti del diritto, con implicazioni che saranno fondamentali sia nell’analisi della circolazione di progresso, sia in quella di regresso.

##### 5. *L’azienda oggetto di circolazione: la rilettura dell’art. 2555 c.c.*

Se l’individuazione dello stretto vincolo che sussiste tra la cessione di azienda e l’attività di impresa permette di inquadrare più correttamente lo stesso fenomeno negoziale della cessione d’azienda, non si può tuttavia prescindere dalla lettura dell’art. 2555 c.c., che costituisce – specie nelle ipotesi in cui non siano le parti ad elencare i beni che compongono l’azienda – la norma per determinare gli elementi costitutivi della stessa.

Come anticipato, il Codice del 1942, fugando i dubbi sollevati dalla precedente dottrina, ha riconosciuto che l’azienda rappresenta un “complesso di beni”, vale a dire, di “cose che possono formare oggetto di diritti”, richiamandosi alla definizione contenuta nell’art. 810 c.c.<sup>106</sup>.

Il dato letterale che si ricava dall’art. 2555 c.c. attribuisce all’azienda una nozione giuridica decisamente più ristretta rispetto a quella che le viene attribuita a livello economico-sociale: un’azienda non è rappresentata esclusivamente da “beni”, ma anche da tutta una serie di componenti che consentono il funzionamento del complesso produttivo<sup>107</sup>.

Proprio l’ambiguità del termine “bene”<sup>108</sup> ha permesso l’evoluzione di teorie volte alla comprensione del contenuto precettivo dell’art. 2555 c.c.

Da qui sono nate tesi “omnicomprensive”, volte ad includere nel concetto giuridico di azienda tutto ciò che lo fosse anche dal punto di vista economico<sup>109</sup>. Così,

---

<sup>105</sup> L’espressione è sempre di M. CIAN, *Dell’azienda*, cit., p. 33.

<sup>106</sup> In questo senso si esprime A. GRAZIANI, *L’impresa e l’imprenditore*, cit., p. 83; analogamente P. SPADA, *Lezione sull’azienda*, cit., p. 50.

<sup>107</sup> V. TIMPANO, *Cessione d’azienda: rapporti contrattuali pendenti e perimetro del fenomeno successorio*, cit., p. 273.

<sup>108</sup> Sull’ambiguità del concetto di “bene” in senso giuridico, A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato di diritto privato* diretto da G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2017, p. 53 ss.

<sup>109</sup> Si veda F. MARTORANO, *L’azienda*, cit., p. 8 ss.

in generale, venivano inseriti altri valori economici, per lo più di carattere immateriale: marchi, brevetti, diritti d'autore, situazioni di fatto; un decisivo ruolo era rappresentato dall'avviamento – per molto tempo identificato con la sola clientela – ma poi assunto a parametro di valorizzazione della produttività<sup>110</sup>. Infine, si riscontravano tendenze volte ad inserire all'interno del compendio aziendale anche i rapporti giuridici, e in particolare i crediti e i debiti inerenti all'attività economica<sup>111</sup>: dunque non solo strumenti “reali”, ma anche “personali”, dei quali l'imprenditore si avvale per la propria attività<sup>112</sup>.

All'opposto, si era affermata anche la cd. teoria “dualistica”<sup>113</sup>, volta a differenziare la definizione giuridica di azienda ricavabile da un'interpretazione restrittiva della nozione di beni di cui all'art. 2555 c.c. da una più ampia di carattere economico (denominata “patrimonio aziendale”<sup>114</sup>), di cui avrebbero fatto parte anche “tutti gli elementi che, pure facendo parte dell'azienda in senso economico, sarebbero stati esclusi dall'azienda in senso giuridico”<sup>115</sup>. A giustificare tale teoria viene talora affermato che la legge, all'art. 2558 c.c., ammette il patto contrario rispetto alla successione *ex lege* nei contratti; e dunque confermerebbe che i rapporti giuridici non costituiscono elementi essenziali ed indefettibili dell'azienda, poiché essi possono essere eliminati dal trasferimento “senza compromettere la qualificazione come azienda del residuo”<sup>116</sup>. In realtà, sembra che l'obiezione voglia provare troppo: un

---

<sup>110</sup> La teoria omnicomprensiva è seguita dalla giurisprudenza, per cui il termine “beni” di cui all'art. 2555 c.c. conterrebbe tutto ciò che può formare oggetto di tutela giuridica: cfr. *ex multis*, Cass. 11.08.1990, n. 8291; Cass. 30.09.2002, n. 10761. In dottrina, anche A. GENOVESE, *Il passaggio generazionale dell'impresa: la donazione di azienda e di partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 718 ss.

<sup>111</sup> Su questo specifico punto ci si soffermerà anche *infra*, Cap. I, § 9.

<sup>112</sup> C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, *Dell'azienda*, cit., p. 15.

<sup>113</sup> Così chiamata da G. AULETTA, voce *Azienda*, cit., p. 4 ss.; non sembra diversa l'impostazione di T. TABELLINI, *Il concetto d'azienda*, cit., p. 13 ss. che parla tuttavia di una “concezione restrittiva”.

Adotta questa concezione M. GHIDINI, *Disciplina giuridica dell'impresa*, cit., p. 156, per cui “il concetto di beni, espresso dall'art. 2555, come elementi componenti l'azienda, deve essere inteso in senso restrittivo, di *cosa mobile o immobile*, non già nel senso ampio, gaiano, di entità giuridica avente un contenuto economico, e così comprensivo anche di rapporti giuridici”, *diritti* (di credito in genere e altri), e in genere di quei rapporti e diritti che sorgono in dipendenza e in vista del funzionamento dell'azienda”. Non può tuttavia non sottolinearsi come tuttavia l'A. sembri cadere in contraddizione laddove, poco più avanti (p. 167), afferma che la cessione dell'azienda comporta il trasferimento dei rapporti giuridici ad essa inerenti, poiché accessori dell'azienda stessa.

Nel senso che i rapporti giuridici non rientrano nella nozione di “beni” poiché la legge riserva loro un'espressa disciplina agli artt. 2558 ss., G.U. TEDESCHI, *Dell'azienda in generale*, cit., p. 9. Anche A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, cit., p. 85.

<sup>114</sup> D. PETTITI, *Il trasferimento volontario dell'azienda*, cit., p. 138 ed ivi altri riferimenti.

<sup>115</sup> G. AULETTA, voce *Azienda*, cit., p. 4 ss.

<sup>116</sup> C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, *Dell'azienda*, cit., p. 14.

conto è considerare i rapporti giuridici come elementi che fanno necessariamente parte del complesso produttivo; altro (e sembra l'impostazione più corretta) che essi possano concorrere – unitamente ad altri beni – alla formazione dell'azienda<sup>117</sup>.

Anche questa suddivisione rischia di peccare di astrattezza, con lo stesso problema – poc'anzi rilevato con riferimento alla “teoria giuridica” – di rivelarsi una costruzione dogmatica che si pone a monte dell'interpretazione delle norme dedicate all'azienda e al suo trasferimento. In altri termini, se si vuole indagare il fenomeno della circolazione “di progresso” dell'azienda, non sembra corretto affermare astrattamente che cosa sia un'azienda, o cosa vi faccia parte, e successivamente interpretare – in modo più o meno funzionale rispetto alla tesi prescelta – le norme.

Si deve procedere in senso contrario, per ricalibrare il concetto d'azienda; e il ripensamento della funzione del trasferimento d'azienda (e quindi anche della cessione) suggerisce un diverso approccio anche nel momento in cui si deve identificare l'oggetto della cessione, poiché non sempre è possibile determinare a priori quali siano gli elementi costitutivi di un'azienda, il cui perimetro andrà determinato anche con riferimento all'attività produttiva nel concreto esercitata.

Normalmente, sono le parti a individuare i beni e le relazioni giuridiche che fanno parte dell'azienda e che vengono alienate al cessionario: la prassi ricorre a strutture contrattuali particolarmente complesse, all'interno delle quali i contraenti espongono dettagliatamente<sup>118</sup> – all'esito di approfondite *due diligence* – i beni immobili, i beni mobili, le relazioni giuridiche, nonché altri valori economici, primi fra tutti i diritti immateriali, marchi e brevetti), che compongono il complesso produttivo e che saranno oggetto di trasferimento<sup>119</sup>.

Può però accadere che il negozio faccia un generico riferimento all'“Azienda dell'imprenditore Tizio” o all'“Azienda con cui si produce un determinato bene del marchio X”, o ancora che si adottino formule generiche che, pur soddisfacendo il requisito della determinabilità dell'oggetto *ex art.* 1346 c.c., non specifichino l'elenco

---

<sup>117</sup> Sul punto si tornerà nel paragrafo dedicato all'art. 2558 c.c.: cfr. *infra*, Cap. I, § 10 ss.

<sup>118</sup> Ricorda F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 9, come tale onere sia talvolta imposto per ragioni contabili e fiscali.

<sup>119</sup> Preme sottolineare che le parti possono anche escludere dalla cessione alcuni elementi che l'alienante riconduceva all'interno dell'azienda; tuttavia, ciò che è importante ai fini della qualificazione giuridica come cessione d'azienda è che tali esclusioni non facciano venir meno la funzionalità dell'insieme dei beni alienati nell'ottica della produzione: cfr. F. FERRARA JR., *La teoria giudica dell'azienda*, cit., p. 359; cfr. anche G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 31 ss.

dei beni che fanno parte del complesso produttivo<sup>120</sup>. Talvolta, poi, può accadere che le parti non pongano in essere “come oggetto della loro volontà il trasferimento dell’azienda, e tuttavia in concreto ciò che viene alienato è veramente un’azienda”<sup>121</sup>; non è difficile immaginare che le parti possano ricorrere anche ad espedienti per evitare l’applicazione della normativa in materia: potrebbero frazionare il trasferimento dell’azienda in più atti separati per evitare il subingresso dell’acquirente nei contratti di lavoro e la responsabilità solidale dello stesso per i debiti aziendali<sup>122</sup>. O ancora, potrebbero qualificare come cessione d’azienda ciò che in realtà non lo è “al fine di eludere i limiti imposti al trasferimento della ditta dall’art. 2565”<sup>123</sup>.

L’interpretazione del negozio diventa allora un momento centrale, giacchè dalla qualificazione come cessione d’azienda discendono conseguenze con riferimento alla disciplina legale del trasferimento d’azienda prevista dal Codice civile. Così, si deve indagare se le parti abbiano previsto la cessione di uno strumento idoneo all’esercizio di impresa, e in questo senso deve leggersi quell’equivalenza tra la cessione di un complesso organizzato di beni e un programma negoziale di sostituzione imprenditoriale, come delineato al precedente paragrafo.

Questo tema diventerà centrale nel momento in cui si affronterà il problema della circolazione inversa dell’azienda in conseguenza della caducazione del negozio con cui essa originariamente circolata, giacchè in questo caso la previa determinazione degli elementi che compongono il complesso produttivo che (ri)torna al cedente, con tutta evidenza, non è possibile: l’azienda, come detto, è un qualcosa di dinamico, che continua a mutare nella propria composizione.

Ed è proprio la norma definitoria di cui all’art. 2555 c.c. a consentire di superare il problema della qualificazione del negozio.

---

<sup>120</sup> Tuttavia per P. SPADA, *Lezione sull’azienda*, cit., p. 55 s., dopo la codificazione l’esigenza di specificare i singoli beni non dovrebbe essere intesa in modo pressante, poiché la stessa nozione di azienda dovrebbe essere di per sé sufficiente ai fini della determinabilità dell’oggetto *ex art.* 1346 c.c.; cfr. anche M. SPERANZIN, A. TINA, *La cessione d’azienda*, cit., p. 263. Secondo F. MARTORANO, *L’azienda*, cit., p. 8 e p. 62 ss., è proprio l’art. 2555 c.c. il mezzo con cui il legislatore avrebbe risolto il problema della validità “sotto il profilo del requisito di cui all’art. 1346 c.c., di contratti intesi a consentire il subentro di un soggetto ad un altro nell’utilizzo di una serie di mezzi di produzione, pur senza procedere alla loro completa ed analitica individuazione”.

<sup>121</sup> G.E. COLOMBO, *L’azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 27 s.

<sup>122</sup> Ancora, M. SPERANZIN, A. TINA, *La cessione d’azienda*, cit., p. 264.

<sup>123</sup> C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, *Dell’azienda*, cit., p. 33.



All'interno di tale disposizione assume una fondamentale rilevanza l'aggettivo "organizzati", che rafforza il concetto – economico ancor prima che giuridico – circa la relazione di collegamento che sussiste tra i beni nell'ottica produttiva<sup>124</sup>: da un lato, l'organizzazione qualifica i beni aziendali, indicando loro la caratteristica che devono assumere per essere parte della stessa<sup>125</sup>; dall'altro, rappresenta il confine dell'azienda, perché esclude che beni non inseriti nella logica produttiva facciano parte del compendio.

Ancora oggi è confermata l'impostazione tradizionale che vede un bene far parte dell'azienda quando esso è coinvolto nel ciclo economico-produttivo, anche a prescindere dal titolo giuridico – reale od obbligatorio – che permette all'imprenditore di utilizzare lo stesso<sup>126</sup>; efficacemente, si è detto che "l'azienda non è un giocattolo giuridico, ma un organismo economico di cui l'imprenditore si vale per produrre e scambiare merci e servizi e che ha, almeno in questa prospettiva, questa destinazione"<sup>127</sup>. In altre parole, viene considerato proprietario dell'azienda colui che organizza i beni di cui ne fanno parte, a prescindere dal titolo giuridico per cui questi singoli elementi rientrano nella sua sfera di influenza<sup>128</sup>.

Il richiamo alla vocazione produttiva dell'azienda rappresenta dunque il criterio di collegamento privilegiato per l'identificazione del compendio, poiché si sarà al cospetto di una cessione d'azienda – e dunque si dovranno considerare trasferiti all'acquirente tutti quegli elementi che la compongono – solo quando sia consentita la

---

<sup>124</sup> Come ricorda M. GHIDINI, *Disciplina giuridica dell'impresa*, cit., p. 159, che sottolinea come questa caratteristica possa anche essere inefficiente dal punto di vista economico, perché ciò che conta è il "coordinamento dei vari beni [che] renda possibile una funzionalità qualsiasi del complesso".

<sup>125</sup> Così, per esempio, per G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., p. 1, l'organizzazione consente ai beni di soddisfare bisogni diversi da quelli che potrebbero soddisfare separatamente: i bisogni della produzione.

<sup>126</sup> Cfr. C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, *Dell'azienda*, cit., p. 12, che, esemplificando, non considerano beni aziendali quelli che – pur essendo di proprietà dell'imprenditore – non vengono coinvolti nel ciclo produttivo, mentre considerano tali quelli che – pur non essendo di proprietà dell'imprenditore – vengono coinvolti (es. i capannoni affittati, i macchinari in *leasing*). In senso analogo, M. SPERANZIN, A. TINA, *La cessione d'azienda*, cit., p. 248, secondo cui rientrerebbero nella nozione anche i "beni prospettici", cioè quelli di cui l'imprenditore non ha una attuale disponibilità, ma solo potenziale. Come vedremo, ciò risulterà fondamentale allorquando si tratterà il tema dei cd. crediti "funzionali": cfr. *infra*, Cap. I, § 11.

<sup>127</sup> G. COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., p. 244. P. SPADA, *Lezione sull'azienda*, cit., p. 51, che arriva al paradosso – tuttavia corretto – di affermare che si può arrivare a parlare di un'azienda anche quando essa sia composta tutta da *res furtivae*, poiché l'elemento autentico da valorizzare è costituito dall'organizzazione.

<sup>128</sup> Chiaramente sul punto M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 739 ss.

prosecuzione dell'attività imprenditoriale<sup>129</sup>. Ciò postula un'indagine circa il concreto modo di manifestarsi dell'impresa, vale a dire “un certo modo di organizzazione dei fattori produttivi, [il] radicamento geografico, [la] produzione relazionale verso la clientela”<sup>130</sup> ecc.

Per esempio, potrebbe non essere sufficiente un mero aggregato di beni o un'astratta vocazione produttiva a delineare il trasferimento di un'azienda<sup>131</sup>, ma occorrerebbe che il complesso alienato sia concretamente idoneo a permettere il subentro del cessionario in un'attività che possa generare ricchezza<sup>132</sup>. In questo senso, anche l'art. 2555 c.c. – in cui la nozione di azienda sembra riferirsi ad un fenomeno “statico” – si legge sotto una prospettiva “dinamica”: l'azienda non rappresenta solo lo strumento con cui l'imprenditore provvede all'esercizio della propria attività, “ma anche il risultato della stessa attività imprenditoriale, potendo, infatti, essere oggetto nel tempo di una continua e costante attività di rinnovamento (più o meno profonda) dal punto di vista sia quantitativo che qualitativo”<sup>133</sup>.

In sostanza, assume un rilievo fondamentale il fatto che il complesso aziendale e il suo programma organizzativo risultino “oggettivamente percepibil[i] sul piano esterno”<sup>134</sup>, anche qualora incompleto o comunque non compiutamente definito, in tutte le sue sfaccettature economiche, da parte dell'imprenditore.

Talvolta viene correttamente valorizzato l'elemento dell'avviamento<sup>135</sup>, come qualità dell'azienda che consiste nel suo maggior valore rispetto alla somma dei valori

---

<sup>129</sup> Al contrario, non sembra corretta l'impostazione della giurisprudenza secondo cui per aversi un trasferimento di azienda occorrerebbe, oltre al trasferimento di singoli beni, anche il trasferimento di rapporti giuridici, sotto forma di contratti, crediti e debiti (cfr., *ex multis*, Cass. 21.11.1968, n. 3780).

<sup>130</sup> Sul punto, M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 40.

<sup>131</sup> Sembra tuttavia affermarlo Cass. 03.12.2009, n. 25403, per cui l'azienda costituisce un complesso “dotato di potenzialità produttiva tale da farne emergere *ex ante* la complessiva attitudine anche solo potenziale all'esercizio di impresa”.

<sup>132</sup> Letta a contrario, si corre il rischio di dover declassare il fenomeno da cessione di azienda a semplice cessione di una pluralità di beni quando viene interrotta la serie imprenditoriale: cfr. M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 41. In questo senso l'A. correttamente afferma che non può considerarsi una cessione d'azienda la semplice alienazione di un parco autoveicoli, nonostante tali beni siano di per sé idonei ad avviare un'attività di noleggio auto (che, certamente, rappresenta un'azienda), poiché mancherebbero tutti quegli elementi collaterali che danno vita all'azienda stessa (es. le relazioni con il personale o con i clienti; la localizzazione geografica, il marchio ecc.).

<sup>133</sup> M. SPERANZIN, A. TINA, *La cessione d'azienda*, cit., p. 245, per i quali comunque l'individuazione del compendio aziendale rimane comunque “una complessa valutazione in fatto”.

<sup>134</sup> Ancora M. SPERANZIN, A. TINA, *La cessione d'azienda*, cit., p. 246.

<sup>135</sup> Quanto alla qualificazione giuridica dell'avviamento, in dottrina sono note numerose costruzioni. Mentre in passato, si sosteneva che esso si identificasse sostanzialmente con la clientela (cfr. G. FERRARI, voce *Azienda*, cit., p. 695; P. GRECO, *La clientela commerciale come oggetto di diritti*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Roma, 1931, p. 571 ss.). Si tratta tuttavia

dei singoli beni alienati<sup>136</sup>; e taluni giungono ad affermare che si è in presenza di una cessione d'azienda ove sia possibile rinvenire che la volontà delle parti si sia diretta a trasferire anche (e soprattutto) l'avviamento<sup>137</sup>. La tesi ha certamente il pregio di cogliere nel segno il fatto che il nocciolo della cessione dell'azienda sia il trasferimento di una attitudine positiva alla generazione di ricchezza; tuttavia non deve essere interpretata in maniera eccessivamente rigida, giacchè è possibile ipotizzare trasferimenti di azienda in cui l'avviamento manchi quando il complesso produttivo – allo stato – non ha ancora iniziato ad operare<sup>138</sup>.

### 5.1. L'unità operativa minima.

L'importanza del riferimento al programma di sostituzione imprenditoriale si coglie anche sotto un altro profilo: e cioè per capire se si è di fronte ad una cessione d'azienda quando le parti abbiano pattuito l'alienazione di singoli beni produttivi, o addirittura di uno soltanto.

In altri termini, la domanda è quale sia l'unità minima funzionale di un'azienda.

Nell'economia contemporanea, spesso è un singolo bene a designare la potenzialità produttiva di un'azienda al punto che esso esercita una vera e propria forza di attrazione economica e di captazione del mercato di riferimento (es. si pensi ad un marchio di moda o di tecnologia). Talvolta le attività imprenditoriali vengono svolte esclusivamente su piattaforme telematiche (*e-commerce*), con flussi di dati che danno luogo a relazioni commerciali e che rappresentano la quasi totalità del fatturato di

---

“di un modo di vedere dei profani e dei pratici”, come osserva criticamente M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 327, che definisce invece l'avviamento come una energia immanente all'organismo aziendale. Le moderne costruzioni fanno invece riferimento al rapporto di complementarità economica tra i beni che sarebbe idoneo a produrre profitto (cfr. G. AULETTA, *Voce Avviamento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 634).

<sup>136</sup> G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 29, cui si rinvia per un approfondimento sul tema.

<sup>137</sup> Sul punto, M. CASANOVA, voce *Azienda*, in *Dig. it., sez. comm.*, Torino, 1999, p. 88.

<sup>138</sup> In questo senso viene correttamente affermato (G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 30 s) che è irrilevante il fatto che l'azienda sia già stata utilizzata per l'esercizio di un'attività di impresa, ovvero che sarà poi l'acquirente ad esercitare per primo una attività imprenditoriale. In termini simili, si veda anche M. SPERANZIN, A. TINA, *La cessione d'azienda*, cit., p. 245.

un'impresa, senza che ad esse si affianchino apparati produttivi a cui si è abituati a pensare quando si considera un'azienda più tradizionale.

Così, se è necessario che il complesso di beni trasferito al cessionario abbia la predisposizione ad essere oggetto di un programma imprenditoriale, si potrebbe dubitare che esso sia realizzato attraverso l'alienazione di un singolo bene.

La risposta è che la vendita di un singolo bene, ancorché idoneo a produrre ricchezza, potrebbe configurarsi come una cessione d'azienda solo allorché esso sia in grado, da solo, di concedere al cessionario la possibilità di esercitare un'attività di impresa; altrimenti il semplice distacco di una serie di beni dall'unità produttiva “declassa [...] l'operazione al rango di cessione semplice di un mero aggregato di beni, quando interromp[e] la serie imprenditoriale, o perché determina una decontestualizzazione del complesso (una sua eradicazione dallo specifico contesto di mercato), o perché si impone all'acquirente di reiniziare la fase della relativa organizzazione”<sup>139</sup>.

Che una cessione d'azienda possa realizzarsi attraverso la semplice alienazione di uno (o pochi) beni è un risultato difficile da raggiungere, poiché “il programma negoziale di attribuzione del bene isolatamente considerato (= il trasferimento del marchio, o dell'immobile) non corrisponde a quello di sostituzione in un'impresa”<sup>140</sup>; quest'ultimo infatti è più complesso, richiedendo anche un apparato strumentale che fornisca il supporto necessario alla produzione<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Così M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 40 s.

<sup>140</sup> In questi termini argomenta chiaramente M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 44. Sono note le pronunce giurisprudenziali che ruotano attorno al problema della distinzione tra affitto di azienda e locazione di un immobile con pertinenze, secondo cui si è in presenza di un affitto quando “l'immobile [è] integrato in un più complesso insieme di elementi tra loro indipendenti e in posizione di reciproca pari rilevanza”. Sul tema, cfr. Cass. 28.05.2009, n. 12543; Cass. 15.03.2007, n. 5989.

L'Autore affronta poi il tema – ampiamente noto in giurisprudenza – della cessione dell'immobile a destinazione alberghiera. In questo caso l'A. giunge ad affermare che la questione andrebbe risolta sul piano interpretativo, dovendo ritenere di essere di fronte ad una cessione di azienda quando emergano indizi circa la volontà delle parti di trasferire non solo l'immobile adibito ad albergo, ma anche una serie di “componenti relazionali” (es. fornitori, clienti ecc.) da cui desumere il subentro in una vera e propria attività commerciale.

<sup>141</sup> Si deve segnalare che, forse per garantire la maggior tutela di cui all'art. 2112 c.c., la sezione lavoro della Corte di Cassazione (Cass. 16.03.2021, n. 7364) è giunta di recente ad affermare che si è in presenza di una cessione d'azienda (o, più correttamente, di una cessione di ramo d'azienda) anche quando si è in presenza di un trasferimento di semplici lavoratori: e infatti oggetto della cessione può anche essere un “gruppo organizzato di dipendenti stabilmente assegnato a un compito comune senza elementi materiali significativi, purché tale entità preesista al trasferimento e sia in grado di svolgere quello specifico servizio prescindendo dalla struttura dalla quale viene estrapolata, in favore di una platea indistinta di potenziali clienti; *contra*, tuttavia, Cass. 24.01.2018, n. 1769.

Ciò, tuttavia, non deve far pensare che si possa essere di fronte ad una cessione d'azienda solo quando il negozio preveda l'alienazione di complesse reti organizzative; come noto, è ormai diffuso in dottrina e in giurisprudenza il richiamo al ramo d'azienda, che costituisce l'unità minima “dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica, funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni o servizi”<sup>142</sup>, a cui consegue l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 2556 ss. c.c.

#### *6. Gli effetti della cessione d'azienda. Delimitazione dell'indagine.*

Ciò chiarito con riferimento all'oggetto della circolazione di progresso, occorre soffermarsi brevemente sulle norme che costituiscono gli effetti naturali della cessione d'azienda. Tali aspetti, come detto, sono tradizionalmente approfonditi nelle trattazioni dedicate alla circolazione di progresso dell'azienda, che dedicano ampio spazio al sistema delineato dagli artt. 2556 ss. c.c.

Operando una necessaria scelta di campo, si prenderanno in considerazione tali disposizioni nei limiti che sono strettamente funzionali alla presente indagine, e cioè: (i) da un lato per completare il discorso sulla circolazione di progresso dell'azienda; (ii) dall'altro, per fornire indicazioni applicative che saranno utili nel momento in cui si tratterà il tema della retrocessione dell'azienda.

Si può anticipare che si potrà porre l'esigenza, a certe condizioni, di interpretare analogicamente gli artt. 2556 ss. c.c. anche per la circolazione di regresso, sicché pare fondamentale delineare le caratteristiche principali del tessuto normativo dedicato agli effetti della cessione d'azienda.

---

<sup>142</sup> In giurisprudenza si vede Cass. 17.04.1996, n. 3627; Cass. 11.06.2007, n. 13580. Di recente App. Brescia, 09.08.2021, n. 165. Ancora, Cass. 10.03.1992, n. 2887, che ha definito il ramo d'azienda come “quella parte di struttura dell'azienda dotata di autonoma organicità operativa in grado di riprodurre, su scala ridotta, il progetto aziendale”. Sul punto anche Cass. 01.12.2005, n. 26196; Cass. 01.02.2008, n. 2489; Cass. 04.12.2012, n. 21711.

## 7. La forma della cessione d'azienda.

L'art. 2556 c.c., la cui applicabilità è limitata solo per le imprese soggette a registrazione<sup>143</sup>, si occupa del problema della forma del contratto di cessione d'azienda.

L'analisi della norma per le finalità del presente elaborato si impone per due sostanziali ragioni: (i) nel dettare le regole sull'eventuale invalidità del negozio per un difetto di forma potrebbero scaturire effetti restitutori in capo al cedente e al cessionario; (ii) la disciplina sulla forma si pone in stretto rapporto con quella dei crediti aziendali di cui all'art. 2559 c.c. e, come si vedrà, essa potrà venire direttamente in rilievo anche nella fase della restituzione dell'azienda, ove si indagherà il tema dell'eventuale retrocessione dei crediti al cedente e della pubblicità relativa alla sentenza che impone la caducazione del contratto con cui l'azienda era circolata.

Partendo dal dato letterale, l'art. 2556 c.c. sancisce, al primo comma, la necessità della forma scritta *ad probationem*, salvo il dovere di osservare le forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono il compendio aziendale, o per la particolare natura del contratto; nel secondo comma viene invece stabilito che laddove i contratti che hanno per oggetto la circolazione dell'azienda siano stati conclusi nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, essi devono essere depositati per l'iscrizione nel registro delle imprese entro trenta giorni dalla conclusione del contratto a cura del notaio.

La norma non prevede dunque una forma specifica ai fini del trasferimento dell'azienda; e tale conclusione è pacificamente condivisa in dottrina<sup>144</sup>. L'eventuale necessità di una forma scritta *ad substantiam* del contratto viene desunta *per relationem* dalla necessità che tale forma sia richiesta per determinati beni presenti all'interno dell'azienda, ovvero dalla "particolare natura del contratto".

---

<sup>143</sup> Cfr., su tutti, G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., p. 39, il quale si pone il problema della asimmetria tra l'impresa alienante e l'impresa acquirente, nel caso in cui una delle due non sia soggetta alla registrazione. L'aspetto è dettagliatamente esposto da M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 113 ss., che conclude affermando che se l'alienante è iscritto (o dovrebbe esserlo) sarà la sua sezione nel registro delle imprese a determinare la rilevanza della pubblicità; al contrario, laddove l'alienante non fosse un imprenditore obbligato all'iscrizione, ma lo fosse solo l'acquirente, sarà la sezione di quest'ultimo a fissare le regole pubblicitarie.

<sup>144</sup> Tra i molti, G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 34 ss.; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 758; G. FERRARI, voce *Azienda*, cit., p. 707; G.U. TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., p. 32.

Occorre chiarire questi due aspetti.

Quanto al primo, la legge prescrive che laddove l'azienda sia formata da beni per la cui circolazione è richiesta una particolare forma, anche il contratto che ha per oggetto la circolazione dell'intera azienda deve rispondere a tale regola formale; in difetto, si dovrebbe dunque desumere la parziale nullità del contratto ai sensi dell'art. 1419 c.c., con ricadute sull'invalidità dell'intero negozio laddove quei beni per cui non fosse stata rispettata la forma richiesta *ad substantiam* fossero giudicati necessari ai fini della configurazione dell'azienda stessa (es. l'immobile nel quale si svolge l'intera attività di produzione)<sup>145</sup>.

La seconda previsione, invece, riferendosi alla natura del contratto come elemento che richiede una particolare regola formale “mette in evidenza la non autonomia tipologica del trasferimento d'azienda e la sua riconducibilità, di volta in volta, al modello negoziale determinato in base alle caratteristiche funzionali dell'atto non legate al suo oggetto specifico”<sup>146</sup>.

Un punto altrettanto rilevante della norma in commento è costituito dall'iscrizione nel registro delle imprese del contratto con cui l'azienda circola: dibattuti sono gli effetti che ne conseguono.

Sotto il profilo sistematico, l'obbligo di iscrizione di cui all'art. 2556, comma 2, c.c. conferma l'impostazione per cui la cessione (o, comunque, il trasferimento) d'azienda sia fondamentalmente un fatto d'impresa: la pubblicità “serve come mezzo d'imputazione dell'attività (impresa) che viene svolta mediante l'azienda alienata”<sup>147</sup>.

Ciò precisato, occorre chiedersi quale valore abbia la pubblicità prevista dall'art. 2556 c.c. nei confronti dei terzi, e se possa valere quale criterio di risoluzione dei conflitti tra più aventi diritto sui beni che costituiscono l'azienda.

---

<sup>145</sup> G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., p. 40; ID., voce *Azienda*, cit., p. 10; anche G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 106; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 80.

<sup>146</sup> Così, espressamente, M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 106. Cfr. anche G.U. TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., p. 27, per cui l'art. 2556 c.c. conferma che l'azienda può costituire l'oggetto di svariati negozi ma, per le particolarità dell'oggetto, tali negozi sarebbero comunque caratterizzati dagli effetti legali previsti proprio dagli artt. 2556 ss. c.c., “per cui si riscontrerebbero comunque negozi misti”.

<sup>147</sup> In questi termini, G. AULETTA, *Voce Azienda*, cit., p. 12. Analogamente, M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 24, per cui “le prescrizioni formali e pubblicitarie troverebbero [...] una più appropriata collocazione” proprio considerazione il trasferimento d'azienda come un fenomeno di successione nell'attività imprenditoriale.

L'art. 2559 c.c. detta una regola specifica con riferimento ai crediti aziendali, affermando che l'iscrizione del contratto di cessione d'azienda nel registro delle imprese equivale alla notificazione della cessione del credito; prescindendo dal problema - che sarà affrontato *infra* - relativo alla cessione dei crediti quale effetto legale della cessione d'azienda, si deve notare come l'iscrizione, in questo caso, costituisce il criterio di prevalenza nel conflitto tra due o più acquirenti: così, se il cedente alienasse due volte la stessa azienda unitamente ai rapporti di credito ad essa inerenti, l'iscrizione del negozio nel registro delle imprese da parte del secondo acquirente consentirebbe di opporre al primo l'avvenuta cessione dei rapporti.

Si potrebbe così essere portati a domandarsi se tale criterio di risoluzione dei conflitti possa essere estesa anche a tutti gli altri beni di cui si compone l'azienda, per cui apparentemente il Codice non pone una specifica regola.

Ragioni (pratiche) di semplificazione degli oneri pubblicitari e di speditezza dei traffici commerciali potrebbero portare a dire che l'iscrizione nel registro delle imprese, a cui l'art. 2193 c.c. ricollega effetti dichiarativi di opponibilità nei confronti dei terzi<sup>148</sup>, potrebbe valere quale unico requisito idoneo per opporre a qualsiasi altro acquirente dell'azienda o di un bene in essa incluso l'atto trascritto<sup>149</sup>; in altri termini, con il semplice adempimento di cui all'art. 2556, comma 2, c.c. nessun terzo che acquisti diritti sull'azienda o su un bene ad essa afferente dopo l'iscrizione ai sensi dell'art. 2193 c.c. potrebbe far salvo il proprio diritto sul bene (fermo restando, ovviamente, la possibilità di richiedere il risarcimento del danno al cedente che ha effettuato la doppia alienazione).

La dottrina nega tuttavia tale semplificazione pubblicitaria, sulla scorta del fatto che l'assenza di una legge circolatoria per l'azienda - e, al contrario, il fatto che l'art. 2556 c.c. faccia salve le forme che sono prescritte per i singoli beni - varrebbe a significare che i criteri di opponibilità ai terzi dovrebbero seguire le ordinarie regole previste dal Codice civile per le varie tipologie di beni<sup>150</sup>: così, in ipotesi, si terrà conto

---

<sup>148</sup> D. CAVICCHI, *Cessione di azienda, fallimento del cedente e opponibilità dell'atto alla massa dei creditori*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2012, p. 1149 ss., p. 1163.

<sup>149</sup> La tesi è rimasta del tutto minoritaria: cfr. A. BORTOLUZZI, G. BORTOLUZZI, *Il trasferimento d'azienda*, Torino, 2010, p. 96; ne parla, ancora, anche D. CAVICCHI, *Cessione di azienda, fallimento del cedente e opponibilità dell'atto alla massa dei creditori*, cit., p. 1163.

<sup>150</sup> In questo senso, la dottrina legge l'espressione "forme per il trasferimento" non solo con riguardo alla forma richiesta per la validità dell'atto (*ad substantiam*), ma anche con riferimento al lato "pubblicitario" dello stesso trasferimento, necessario ai fini dell'opponibilità ai terzi: cfr., per tutti, M.



della priorità della trascrizione nei registri immobiliari per i beni immobili facenti parte nel complesso produttivo (art. 2644 c.c.), per i beni mobili iscritti in registri speciali (art. 2688 c.c.) e per i diritti di proprietà industriale (art. 139 c.p.i.); della anteriorità del godimento ai sensi dell'art. 1380 c.c. per i beni che ne sono oggetto; della priorità nel possesso di buona fede ai sensi dell'art. 1155 c.c. per i beni mobili non registrati<sup>151</sup>.

In sintesi, solo il rispetto dei meccanismi pubblicitari specificatamente previsti o delle regole che disciplinano le ipotesi di doppia alienazione nel Codice civile consentirebbe di risolvere l'eventuale conflitto che sorge tra più acquirenti dell'azienda (o, eventualmente tra acquirente dell'azienda e acquirente del singolo bene).

Quanto ai beni il cui acquisto deve essere trascritto in appositi registri, questa soluzione sembra attualmente imposta dal principio di continuità delle trascrizioni, poiché l'iscrizione dell'atto nel solo registro delle imprese impedirebbe ai terzi – siano essi acquirenti, oppure creditori pignoranti – di conoscere che il bene per cui intendono effettuare la trascrizione sia parte di un compendio aziendale nel frattempo ceduto ad un altro soggetto.

Certamente, la soluzione al problema potrebbe giovare di un maggior coordinamento tra le amministrazioni preposte all'assolvimento degli obblighi pubblicitari, di modo che il semplice adempimento *ex art. 2556, comma 2, c.c.* possa poi permettere d'ufficio la trascrizione dell'atto di cessione d'azienda anche per i beni che compongono il complesso produttivo, così coordinando, per esempio, il registro

---

SPERANZIN, A. TINA, *La cessione d'azienda*, cit., p. 269; G.E. COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda*, cit., p. 36; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 65, M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 117 ss.; G.U. TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., p. 33; A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, cit., p. 99; D. PETTITI, *Il trasferimento volontario dell'azienda*, cit., p. 26. *Contra*, D. CENNI, *L'iscrizione nel registro delle imprese e la doppia alienazione di azienda e di quota di s.r.l.*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 498.

<sup>151</sup> Si è tuttavia argomentato che la buona fede non potrebbe sussistere quando si verifica l'iscrizione nel registro delle imprese del primo acquisto, poiché il secondo acquirente sarebbe comunque tenuto a controllare l'atto: cfr. G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 45 s. In questo caso, occorrerebbe però distinguere tra il conflitto che sorge tra più acquirenti della stessa azienda, il conflitto che sorge tra un primo acquirente dell'azienda e un secondo acquirente che acquista un bene mobile facente parte del compendio produttivo: in questo secondo caso il secondo acquirente potrebbe ignorare l'inerenza del bene rispetto all'azienda, e dunque far salvo il proprio acquisto poiché, concretamente, in buona fede. Per M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 119, la priorità dell'iscrizione nel registro delle imprese potrebbe valere per la risoluzione dei conflitti per le universalità di mobili, per le quali non esiste una regola di diritto comune, o comunque l'art. 2914 c.c. in tema di risoluzione dei conflitti tra acquirente e creditore pignorante il criterio adottato è quello della data certa. La soluzione è condivisa anche da M. SPERANZIN, A. TINA, *La cessione d'azienda*, cit., p. 269.

delle imprese con le conservatorie dei registri immobiliari o gli uffici dei marchi e dei brevetti; ma si tratta, ad oggi, di una soluzione ipotizzabile solo *de iure condendo*, che rimarrebbe comunque ostacolata dal fatto che sarebbe richiesta, in capo all'amministrazione competente, una disamina dell'atto di cessione per comprendere quali beni siano parte del complesso produttivo (e che potrebbe non portare ad una soluzione laddove le parti non abbiano dettagliatamente elencato tali beni).

#### 8. *Il divieto di concorrenza.*

È opportuno analizzare brevemente l'art. 2557 c.c., che regola il divieto di concorrenza del cedente quale effetto naturale del trasferimento. Tale analisi si rende necessaria poiché nel terzo capitolo si affronterà il problema – speculare – dell'eventuale insorgenza di tale obbligo in capo al cessionario a cui viene imposta la restituzione dell'azienda: l'interprete verrà posto di fronte alla scelta se interpretare analogicamente la norma, oppure se evitare l'insorgenza di obblighi di non concorrenza “ultrattivi” rispetto ad una sentenza che dichiara la caducazione del negozio e rimuove il programma economico originariamente assunto dalle parti.

La norma sancisce che per i cinque anni successivi al trasferimento dell'azienda l'alienante non può iniziare un'attività che, per il suo oggetto economico, la sua ubicazione o per altre circostanze, è idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta; tuttavia, rimane nella disponibilità delle parti prevedere patti di astensione della concorrenza più ampi, purchè non sia inibita qualsiasi attività professionale all'alienante e, comunque, purchè siano contenuti entro i cinque anni dalla cessione dell'azienda.

Il dato a cui si ispira la norma è facile da cogliere: la concorrenza effettuata dal precedente titolare dell'azienda è “molto più pericolosa della concorrenza di qualsiasi altro”<sup>152</sup>: ciò in quanto l'alienante è stato in diretto rapporto con una serie di soggetti – i clienti, i fornitori, i lavoratori, ecc. – che costituiscono il mondo intorno al quale l'attività dell'azienda ruota, e potrebbe essere portato, laddove creasse una nuova entità imprenditoriale, a fare “terra bruciata” intorno all'azienda alienata al

---

<sup>152</sup> G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., p. 42.

cessionario, che si vedrebbe svuotata delle possibili relazioni funzionali all'attività di impresa stessa<sup>153</sup>.

La disposizione conferma che il trasferimento d'azienda è un fatto di impresa, poiché mira ad evitare che quel meccanismo di continuità imprenditoriale cui è preordinata la cessione dell'azienda venga messo a repentaglio da comportamenti del cedente, volti ad attrarre verso di sé la rete di relazioni che gravitava intorno all'azienda ormai ceduta; in altri termini, il divieto di concorrenza si legge proprio attraverso quell'ideale prosecuzione dell'attività imprenditoriale da parte del cessionario<sup>154</sup>. E proprio alla luce di questa interpretazione, la giurisprudenza estende la portata della norma anche ad altre ipotesi, quale quella della cessione di quote di una società attraverso la quale si realizza una diretta sostituzione imprenditoriale<sup>155</sup>.

Secondo l'opinione tradizionale, l'art. 2557 c.c. non sarebbe che una declinazione del principio di buona fede *ex art. 1375 c.c.*<sup>156</sup>; ciò sembra avvalorato dalla prospettazione poc'anzi rilevata, per cui in realtà tale divieto si inserisce proprio nel solco della produzione dell'effetto principale del contratto di cessione d'azienda, e cioè la logica della sostituzione imprenditoriale.

La legge non impone dunque il sacrificio alla libertà di iniziativa economica del cedente solo per garantire al cessionario il pieno godimento del complesso di beni ceduti, ma piuttosto per vietare atti che impediscano il realizzarsi della funzione economico-sociale dell'operazione di cessione d'azienda.

Da questo punto di vista, si discute se il divieto di concorrenza sia una norma inderogabile o meno; si tende ad affermarne la derogabilità, poiché l'unico interesse

---

<sup>153</sup> Particolarmente temuta è la “captazione della clientela che l'azienda medesima possiede”, come afferma M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 130. F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 102, che parla di “concorrenza per attrazione” verso i clienti e fornitori; e di “concorrenza per conoscenza” per tutti gli aspetti relativi all'organizzazione aziendale.

<sup>154</sup> Sul punto, ancora M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 131, per il quale il divieto “assicura l'effettività stessa della vicenda negoziale”. G. COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., p. 262, per cui “la norma allarga la visuale dal momento, statico, della proprietà e dei singoli diritti, a quello, dinamico, dell'idoneità dell'azienda ad essere indirizzata all'esercizio dell'impresa”.

<sup>155</sup> App. Napoli, 21.10.2019, n. 5117. Ancora, Cass. 19.11.2008, n. 27505, per cui “ non è esclusa l'estensione analogica del citato art. 2557 c.c. all'ipotesi di cessione di quote di partecipazione in una società di capitali, ove il giudice del merito, con un'indagine che tenga conto di tutte le circostanze e le peculiarità del caso concreto, accerti che tale cessione abbia realizzato un «caso simile» all'alienazione d'azienda, producendo sostanzialmente la sostituzione di un soggetto ad un altro nell'azienda”.

<sup>156</sup> T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 73; G.U. TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., p. 35.

che essa tutela è quello dell'acquirente (e non quello di terzi)<sup>157</sup>. La legge ammette pattuizioni più gravose per il cedente, seppur in termini di attività precluse e non dal punto di vista temporale<sup>158</sup>; come contraltare, la dottrina ammette la possibilità di affievolire, o addirittura rimuovere, l'obbligo a carico del cedente<sup>159</sup>.

In linea di principio si può concordare con la possibilità di derogare a tale divieto in favore del cedente<sup>160</sup>; ma bisognerà prendere consapevolezza che una totale esclusione del divieto, tale da compromettere potenzialmente la continuità imprenditoriale che si realizza attraverso il trasferimento dell'azienda, rischia di riquilibrare la fattispecie negoziale portandola all'esterno il perimetro di applicazione degli artt. 2556 ss. c.c.<sup>161</sup>. Dunque non più ad essere una cessione d'azienda, così che le successive indagini che si porranno in termini di restituzione potrebbero non valere.

Quanto all'oggetto dell'attività vietata, il perimetro di delimitazione si ricava in base ad un criterio finalistico: è precluso ogni comportamento che abbia come scopo quello di sottrarre la clientela al cessionario; e tale sviamento si realizza o in base ad un'ipotesi contiguità geografica con l'azienda ceduta, oppure per la somiglianza/identità del prodotto dell'attività imprenditoriale.

Possono così richiedersi giudizi comparativi basati sull'offerta, e dunque sulla coincidenza dei prodotti immessi sul mercato; oppure sul versante della domanda, allorquando il cedente catturi quelle relazioni commerciali che servono per il concreto operare produttivo dell'azienda<sup>162</sup>.

---

<sup>157</sup> D. PETTITI, *Il trasferimento volontario dell'azienda*, cit., p. 34 ss. M. SPERANZIN, A. TINA, *La cessione d'azienda*, cit., p. 273. Lo conferma Cass. 16.04.2008, n. 10062, per cui la norma non persegue la tutela di alcun interesse pubblico.

<sup>158</sup> Cfr. M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 162.

<sup>159</sup> G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 176 ss.; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 103 ss.; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., p. 263.

<sup>160</sup> Cfr. ancora F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 103 s., per cui la disponibilità del diritto dovrebbe ricavarsi dal fatto che il cessionario ha la facoltà di dismettere, successivamente all'alienazione, l'esercizio dell'impresa, smantellando separatamente tutte le componenti del compendio produttivo.

<sup>161</sup> Questa avvertenza è posta da M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 163 s.; G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 178, che riprende quanto affermato da T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 72 ss. Sul punto anche D. PETTITI, *Il trasferimento volontario dell'azienda*, cit., p. 37.

<sup>162</sup> Ne parla M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 134.

## 9. Circolazione d'azienda e rapporti pendenti: una premessa.

Tra gli effetti legali più importanti che l'ordinamento riserva alla cessione d'azienda vi sono quelli relativi ai rapporti pendenti che ad essa afferiscono: come già affermato, l'azienda è un'entità viva e dinamica, caratterizzata da una fitta rete di rapporti giuridici (cioè contratti, debiti e crediti) che le ruotano attorno<sup>163</sup>.

Gli artt. 2558, 2559 e 2560 c.c. ne rappresentano il microsistema normativo di riferimento<sup>164</sup>.

Anche in questo caso, l'indagine relativa a questi tre articoli si pone come finalizzata al tema che verrà qui analizzato: si avrà modo di approfondire che la legge regola solo la sorte di questi rapporti nella circolazione di progresso, mentre non riserva alcuna regola con riferimento a quella di regresso. Ne deriva che le indicazioni applicative che qui si trarranno saranno poi fondamentali – come si vedrà nel terzo capitolo – allorché si tratterà della circolazione “inversa” dei rapporti pendenti afferenti al complesso produttivo che ritorna nel possesso del cedente. Come anticipato, potrà porsi l'esigenza di applicare analogicamente queste tre disposizioni, quale “effetto naturale” che discende anche dal ritrasferimento dell'azienda dall'acquirente all'alienante.

Ciò premesso, occorre sottolineare che, in passato, la preferenza per la tesi unitaria o per quella atomistica era talvolta assunta *a priori* in funzione della soluzione che si preferiva dare con riferimento al trasferimento automatico dei rapporti pendenti – e in particolare crediti e debiti – nell'ipotesi di alienazione di azienda<sup>165</sup>: si affermava che “affrontare [...] la questione della sorte dei debiti nel trapasso di azienda, senza prima gettare le basi per la costruzione giuridica di questa sarebbe [stato] un salto concettuale”<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2013, p. 53.

<sup>164</sup> V. TIMPANO, *Cessione d'azienda: rapporti contrattuali pendenti e perimetro del fenomeno successorio*, cit., p. 272 ss., p. 276; M. AURELI, *La successione nei contratti: il limite imposto dai fatti non negoziali*, in *Giur. it.*, 2016, p. 841 ss., p. 843.

<sup>165</sup> Con questa considerazione inizia la monografia di G.E. COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, cit., p. 1.

<sup>166</sup> A. DE MARTINI, *Trasferimento di azienda e successione nei debiti*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, p. 261.

Così, tra i sostenitori delle teorie unitarie era più facile riscontrare posizioni volte ad ammettere il trasferimento automatico di ogni rapporto giuridico pendente (contratto, credito e debito) al cessionario<sup>167</sup>.

Una particolare ricostruzione dottrinale qualificava crediti e debiti come obbligazioni *propter rem* dell'azienda, con la conseguenza di un loro necessario trapasso insieme al compendio produttivo<sup>168</sup>.

Tali impostazioni assumerebbero rilievo nell'indagine qui in esame nella misura in cui, se fossero accolte, potrebbero determinare un analogo effetto – e dunque un trasferimento automatico di tali rapporti – anche nel momento in cui si discorre della restituzione dell'azienda. D'altronde, se essi costituiscono un tutt'uno inscindibile con l'azienda, non vi sarebbero ragioni per non adottare questa soluzione.

Come già accennato, tuttavia, questo tipo di impostazioni non possono più essere seguite dopo l'entrata in vigore del Codice del 1942, poiché ora è la legge che ricollega al trasferimento dell'azienda ulteriori effetti giuridici rispetto alla semplice alienazione del complesso di beni.

La tripartizione ora seguita dal Codice assegna una specifica disciplina:

(i) ai contratti, sancendo il subentro dell'acquirente per quelli che sono stipulati per l'esercizio dell'azienda che non hanno carattere personale (art. 2558 c.c.);

(ii) ai crediti, con la previsione che la cessione degli stessi relativi all'azienda ha effetto nei confronti dei terzi dal momento dell'iscrizione nel registro delle imprese del contratto di cessione d'azienda stesso (art. 2559 c.c.);

(iii) ai debiti, prevedendo che l'alienante non è di norma liberato dai rapporti passivi inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta e che, per converso, degli stessi risponde anche l'acquirente se risultano dai libri contabili obbligatori (art. 2560 c.c.).

Le reciproche influenze tra questi tre articoli non presentano contorni del tutto chiari<sup>169</sup>; e, in particolare, proprio l'ambito di applicazione dell'art. 2558 c.c. sembra doversi desumere dal coordinamento con i successivi due articoli<sup>170</sup>.

---

<sup>167</sup> Cfr. *supra*, § 2.1.

<sup>168</sup> F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 369 ss., criticata, in particolare, da G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 95 ss.

<sup>169</sup> E “la questione ha la più grande importanza pratica”, come suggerisce G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., p. 52.

<sup>170</sup> In questo senso G. FERRARI, voce *Azienda*, cit., § 33.

Anticipando in parte l'analisi che si condurrà nei prossimi paragrafi, deve sottolinearsi che, nell'impostazione maggioritaria (a cui si intende aderire), l'art. 2558 c.c. si occupa delle relazioni contrattuali a prestazioni corrispettive che, al momento del trasferimento d'azienda, non sono ancora state eseguite da entrambe le parti<sup>171</sup>, mentre le altre due disposizioni riguardano i crediti e i debiti cd. "puri", vale a dire rapporti di fonte extracontrattuale, oppure di fonte contrattuale nel caso in cui – sempre al momento del trasferimento d'azienda – non vi sia una controprestazione da eseguire<sup>172</sup>.

Ciò detto, è comunque necessario procedere ad un'analisi di queste tre norme per comprendere come esse rilevino nella circolazione di progresso.

#### *10. La successione dell'acquirente nei contratti.*

Di norma sono le parti, al momento della cessione dell'azienda, ad elencare i singoli contratti nei quali il cessionario subentra, al pari di quanto accade per i beni materiali. La prassi contrattuale ricorre solitamente ad allegati che vengono inseriti nel più generale negozio di cessione, in cui vengono dettagliatamente esposti i rapporti giuridici pendenti e trasferiti<sup>173</sup>.

È quasi superfluo sottolineare che essi assumono un ruolo fondamentale nella determinazione del prezzo della cessione: un'importante commessa di prodotti semilavorati verso un'impresa appaltatrice può costituire la fonte degli utili che si aspetta di ricevere il cessionario, tramite il subingresso in tale negozio. E dunque, prospetticamente, rappresentare un valido parametro per quantificare il valore dell'azienda.

---

<sup>171</sup> Ancora G. FERRARI, voce *Azienda*, cit.; C. CACCAVALE, *L'accollo ex lege dei debiti relativi all'azienda ceduta*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, p. 505 ss., p. 525.

In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 14.02.1969 n. 696; Cass. 29.01.1979, n. 632; Cass. 29.04.1998, n. 4367, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1857 ss; Cass. 16.06.2004, n. 11318, in *Foro it.*, 2005, c. 1152 ss.; Cass. 09.03.2006, n. 5123.

<sup>172</sup> Con riguardo ai crediti, cfr. D. PETTITI, *Il trasferimento volontario dell'azienda*, cit., p. 76.

<sup>173</sup> Nella prassi è frequente altresì l'espressa previsione che al di fuori di quei contratti indicati l'effetto traslativo non si verifica. Per le ipotesi di cui possono disporre le parti di fronte a questa questione, cfr. C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, *Dell'azienda*, cit., p. 72.

Quando tuttavia le parti non hanno dettagliato l'elenco dei rapporti giuridici nei quali il cessionario subentra si pone l'esigenza di interpretare (o, più correttamente, integrare) il negozio.

Si noterà che la questione è esattamente speculare a quella delineata poc'anzi, con riferimento ai "beni" di cui all'art. 2555 c.c.

La realtà aziendale, come detto, è complessa. E comprendere quali negozi soggiacciono alla regola del trasferimento automatico diviene un problema centrale. Banalmente, al momento della conclusione del contratto di cessione d'azienda alcuni contratti potranno essere stati adempiuti integralmente solo da una parte mentre si è in attesa dell'altrui intera prestazione; altri essere appena stati conclusi, senza che sia ancora avvenuta alcuna esecuzione; per altri ancora possono essere adempiute solo alcune obbligazioni, magari di natura accessoria.

Si badi che dettare il campo di applicazione di questa norma risulta fondamentale anche per l'analisi che sarà condotta con riferimento alla restituzione dell'azienda.

Come già anticipato, la legge non detta alcuna regola per l'identificazione dei contratti in capo al cessionario che eventualmente potrebbero essere soggetti ad un ritrasferimento automatico al cedente. E ciò, a maggior ragione, se si pensa che in questo secondo caso non può esservi una previa determinazione fatta dalle parti, sicché la loro identificazione passa esclusivamente attraverso l'interpretazione dell'art. 2558 c.c.

Ne deriva che le considerazioni che saranno qui svolte con riguardo a questa norma e al suo ambito di applicazione dovranno essere utilizzate – *mutatis mutandis* – anche nell'identificazione di quei negozi, stipulati dal cessionario, per cui si porrà il problema di un loro eventuale (ri)trasferimento al cedente in occasione della restituzione dell'azienda.

### *10.1. Ratio ed effetti del trasferimento automatico.*

Occorre muovere, in prima battuta, dal dato letterale.

L'art. 2558 c.c., al primo comma, sancisce che, salvo una diversa pattuizione, il cessionario di un'azienda subentra nei contratti "stipulati per l'esercizio dell'azienda,



che non abbiano carattere personale”. Al secondo comma viene previsto che il terzo contraente può recedere dal contratto entro tre mesi dall’avvenuta notizia del trasferimento qualora sussista una giusta causa; in tal caso, rimane ferma la responsabilità dell’alienante<sup>174</sup>.

Il primo elemento che si trae dall’articolo è che di fronte ad una cessione d’azienda, l’ordinamento favorisce l’interesse alla prosecuzione dei rapporti contrattuali afferenti al compendio produttivo, prevedendo una successione *ex lege* dell’acquirente nei negozi stipulati dall’alienante<sup>175</sup>. La norma si pone in stretto rapporto con l’art. 2555 c.c., e ne ripropone la *ratio*: nel consentire il trasferimento dei rapporti giuridici inerenti all’azienda (sui quali, quindi, l’imprenditore vanta un diritto personale), il Legislatore ha inteso salvaguardare l’unitarietà, l’avviamento e la continuità dell’attività di impresa<sup>176</sup>; parimenti, ha avvertito l’esigenza di tutelare l’affidamento che i terzi contraenti ripongono nella continuità del rapporto giuridico da essi instaurato per una certa attività imprenditoriale (es. si pensi alle commesse affidate all’alienante e che possono essere realizzate con i macchinari che fanno parte dell’azienda ceduta)<sup>177</sup>.

Il trasferimento automatico dei contratti risponde quindi ad una logica elementare: un’azienda per poter funzionare ha bisogno di essere accompagnata da una serie di relazioni giuridiche che toccano anche solo incidentalmente l’apparato produttivo (es. si pensi ai contratti di fornitura delle materie prime, alla sponsorizzazione dei prodotti, ai finanziamenti bancari ecc.); in altri termini, con la successione nei contratti l’acquirente si assicura i fattori produttivi che sono necessari

---

<sup>174</sup> Il terzo comma estende tali previsioni anche all’usufrutto e all’affitto d’azienda, ma tale previsione è irrilevante nel presente lavoro.

<sup>175</sup> V. TAMPANO, *Cessione d’azienda: rapporti contrattuali pendenti e perimetro del fenomeno successorio*, cit., p. 276, che specifica che “tutte le situazioni giuridiche attive e passive che trovano la loro fonte nel contratto sono trasferite in capo all’acquirente”.

<sup>176</sup> D’altronde, “senza il passaggio dei contratti [...] l’integrale trasferimento dell’azienda con il suo avviamento diventerebbe impossibile”, come afferma M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 795. Anche per F. GALGANO, *L’imprenditore*, cit., p. 81, “si tocca qui il centro della disciplina giuridica dell’azienda”, per cui le esigenze del privato vengono sacrificate “di fronte ad altre esigenze, legislativamente giudicate come prevalenti”. Sul punto, si veda anche C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, *Dell’azienda*, cit., p. 69; G. BONFANTE, G. COTTINO, *L’imprenditore*, cit., p. 635, in cui si sottolinea lo stretto rapporto tra la disposizione e l’idea dell’azienda come *universitas*. Per M. CIAN, *Dell’azienda*, cit., p. 188, si tratta di un “corollario della funzione di una vicenda economica”.

<sup>177</sup> M. AURELI, *La successione nei contratti: il limite imposto dai fatti non negoziali*, cit., p. 843 s., per cui comunque non vi sarebbe alcun interesse da tutelare in capo all’alienante al mantenimento del contratto.

all'organizzazione dell'impresa, allo svolgimento del ciclo produttivo e alla fuoriuscita dei prodotti dall'azienda<sup>178</sup>.

Non è difficile, allora, scorgere un parallelismo tra l'“organizzazione” dei beni di cui all'art. 2555 c.c. e l'“inerenza” dei contratti prevista dall'art. 2558 c.c., poiché entrambe le norme hanno “la stessa funzione qualificatrice e determinatrice” del compendio aziendale<sup>179</sup>, specie allorquando le parti abbiano solo determinato genericamente il compendio produttivo oggetto di alienazione.

Si badi, peraltro, che il cessionario subentra anche nei contratti aziendali di cui ignora l'esistenza, poiché la mancata conoscenza da parte sua di un determinato contratto non impedisce il prodursi dell'effetto traslativo (e naturale) di cui all'art. 2558 c.c.

Dunque, il *discrimen* per comprendere se un contratto si trasferisce *ex lege* (o meno) al cessionario è rappresentato dalla sua stretta inerenza all'attività aziendale.

In questo senso, viene correttamente valorizzato anche l'elemento *a contrario* che impedisce la successione nei contratti personali stipulati dall'alienante<sup>180</sup>: così, se lo scopo della cessione d'azienda è quello di trasferire “in potenza” un'attività imprenditoriale, la legge correttamente esclude il trapasso all'acquirente dei contratti che sono connotati dall'infungibilità oggettiva o soggettiva<sup>181</sup> della prestazione attesa dal terzo o promessa a quest'ultimo.

---

<sup>178</sup> Sul tema C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, *Dell'azienda*, cit., p. 69; si veda anche G. COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., p. 242 s.

<sup>179</sup> Cfr. G. FERRARI, voce *Azienda*, cit., § 31. Cfr. anche M. SPERANZIN, A. TINA, *La cessione d'azienda*, cit., p. 254 s., i quali riconoscono all'art. 2558 c.c. una funzione integrativa della nozione di trasferimento d'azienda nel momento in cui essa consente il trasferimento di quei beni su cui l'imprenditore cedente vantava solo un diritto di godimento (e non di proprietà): se infatti l'art. 2558 c.c. consente, in deroga al principio generale, il trasferimento dell'intero contratto a prescindere dal consenso del ceduto, a maggior ragione deve ritenersi che tale consenso del terzo ceduto non sia necessario per il passaggio del solo godimento del bene oggetto del contratto (es. i beni in *leasing*).

<sup>180</sup> La legge non esclude, tuttavia, la possibilità di una cessione anche di tali negozi, per la quale varranno tuttavia le ordinarie regole di cui all'art. 1406 ss. c.c. Sulla necessità di ottenere il consenso del ceduto in questo caso, si veda M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 220, per il quale il terzo potrebbe anche dichiarare di non liberare l'alienante ai sensi dell'art. 1408 c.c. In questo scenario, sembra profilarsi un doppio binario di responsabilità: del solo cessionario per i contratti aziendali soggetti all'ordinario trasferimento; cumulativamente del cedente e del cessionario per i contratti personali che sono stati trasferiti secondo le ordinarie norme sulla cessione del contratto accompagnati dalla dichiarazione *ex art. 1408 c.c.*

<sup>181</sup> Ancora M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 221 ss., che specifica che sarebbero oggettivamente infungibili quelli caratterizzati da un contributo personale dell'imprenditore alienante, tale per cui la prestazione sarebbe impossibile se resa da altri soggetti (es. attività di carattere artistico), mentre sarebbero soggettivamente infungibili quelle in cui la qualità personale dell'alienante sia stata espressamente presa in considerazione tramite clausole di incedibilità del rapporto; in questo senso anche G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 85. Parla di “normale insostituibilità del

## 10.2. Il perimetro di applicazione della norma. “Contratti aziendali” e contratti ineseguiti.

Sotto il profilo oggettivo, la legge parla di “contratti aziendali”, al fine di valorizzare l’inserimento del negozio nell’attività svolta per mezzo dell’azienda.

La dottrina distingue tra “contratti aziendali”, cioè i contratti che hanno per oggetto il godimento dei beni aziendali da parte dell’imprenditore, e i “contratti di impresa”, cioè quelli propriamente stipulati per l’esercizio dell’attività di impresa<sup>182</sup>.

Si tratta di una suddivisione meramente classificatoria, che non sembra aggiungere nulla in più rispetto a quanto già affermato circa la necessità che per mezzo il trasferimento dell’azienda si realizzi una sostituzione imprenditoriale, attraverso la quale il cessionario viene posto nelle concrete possibilità di esercitare l’attività di impresa.

L’art. 2558 c.c., in realtà, oltre a questa aggettivazione (“aziendali”), non aggiunge nulla di più. Ciò ha indotto la dottrina e la giurisprudenza a riflessioni ulteriori circa il perimetro applicativo della norma. È rimasta minoritaria la tesi che riconduce nell’art. 2558 c.c. ogni contratto, e cioè anche quei rapporti per cui al momento del trasferimento residuano solo crediti o debiti da una parte<sup>183</sup>. Al contrario, secondo l’impostazione tutt’oggi maggioritaria, i rapporti contrattuali a cui si applica l’art. 2558 c.c. sono quelli a prestazioni corrispettive che, al momento del trasferimento d’azienda, non sono stati ancora completamente eseguiti dalle parti<sup>184</sup>.

---

sogetto” M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 797. Ancora, G. BONFANTE, G. COTTINO, *L'imprenditore*, cit., p. 636.

<sup>182</sup> Questa è la terminologia utilizzata da F. GALGANO, *L'imprenditore*, cit., p. 79 ss.; cfr. anche F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 138 ss. Come osserva F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 370, i contratti di impresa solo quelli in cui sussiste un nesso tra gli stessi e l’attività portata avanti dall’imprenditore. Nell’accezione lata di questa formulazione si fanno anche rientrare i contratti stipulati da un terzo, estraneo all’impresa, nel quale l’imprenditore alienante sia a sua volta succeduto ex art. 1406 c.c.: sul punto, M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 797. Sono per una interpretazione omnicomprensiva anche G. FERRARI, voce *Azienda*, cit., § 33, e G. BONFANTE, G. COTTINO, *L'imprenditore*, cit., p. 634. Cfr. anche Cass. 22.07.2004, n. 13651; Cass. 29.01.2003, n. 1278; App. Bologna, 08.05.2018, n. 31466.

<sup>183</sup> Cfr. V.M. TRIMARCHI, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, p. 648; P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, 1958, Milano, p. 279 ss. Per una critica, G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 70

<sup>184</sup> L’opinione è assolutamente condivisa: cfr., su tutti, M. SPERANZIN, A. TINA, *Cessione d'azienda*, cit., p. 276; F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 141; G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 70 ss.; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 796; D. PETTITI, *Il trasferimento volontario dell'azienda*, cit., p. 47 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 14.02.1969 n. 696; Cass. 29.01.1979, n. 632; Cass. 29.04.1998, n. 4367, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1857 ss.; Cass. 16.06.2004, n. 11318, in *Foro it.*, 2005, c. 1152 ss.; Cass. 09.03.2006, n. 5123. Questa interpretazione sembra così

Tale interpretazione viene desunta sostanzialmente da un duplice ordine di considerazioni:

(i) da un punto di vista strettamente logico, attraverso il coordinamento tra il primo comma dell'art. 2558 c.c. e il secondo comma, il quale prevede la possibilità per il contraente ceduto – che “subisce” il trasferimento *ex lege* – di esercitare il recesso entro tre mesi dall'avvenuta notizia del trasferimento dell'azienda: è evidente che se il contratto fosse stato eseguito solo dall'alienante, e dunque residuasse la prestazione del terzo da compiere, il recesso non potrebbe essere esercitato da questi per liberarsi da un proprio debito; viceversa, se residuasse la sola prestazione in capo all'acquirente dell'azienda, avendo il terzo già adempiuto, la previsione di un diritto di recesso sarebbe inutile, poiché priverebbe il ceduto della possibilità di rivalersi su un altro debitore<sup>185</sup>;

(ii) dal punto di vista sistematico, attraverso il coordinamento con i successivi artt. 2559 c.c. e 2560 c.c.: se infatti il negozio fosse stato completamente adempiuto dal cedente o dal cessionario ci si troverebbe, rispettivamente, di fronte ad un mero credito o ad un mero debito, con la conseguente applicazione di queste due disposizioni<sup>186</sup>. Si afferma efficacemente che si deve “escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 2558 i contratti eseguiti *ex uno latere*, ossia quelli in cui le posizioni rispettive si siano ridotte a situazioni di puro debito o di puro credito”<sup>187</sup>.

L'interpretazione che viene data della norma è dunque ampia, capace di abbracciare la quasi totalità dei rapporti che ineriscono all'azienda e al suo concreto

---

ricalcare quella tradizionale in materia di cessione del contratto *ex art.* 1406 c.c., nonostante parte della dottrina manifesti dubbi circa l'applicazione delle norme dettate in materia di cessione volontaria del contratto alle ipotesi di cessione legale: cfr. su tutti, Cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, t. 2, Torino, 2004, p. 741; così anche G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, p. 434. In generale, sul tema, si veda anche R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1991.

Un'interessante e recente teoria, particolarmente articolata nella sua formulazione, parla della necessità astratta di equilibrio economico delle prestazioni – da considerare in modo ampio, valutando anche eventuali obblighi *in praeteritum* e obbligazioni secondarie – per l'applicazione dell'art. 2558 c.c.: si veda M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 183 ss.

<sup>185</sup> Cfr. G.E. COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda*, cit., p. 67, per cui “l'interesse del terzo a privarsi del nuovo debitore (acquirente) per acquistare il diritto al risarcimento nei confronti del vecchio debitore (alienante) non potrebbe in concreto verificarsi, posto che in quel caso (cioè trattandosi di un puro debito aziendale) la corresponsabilità dell'alienante già sarebbe fatta salva dall'espressa previsione del 1° comma dell'art. 2560”; ID., *L'azienda e il mercato*, cit., p. 75 s.

<sup>186</sup> M. SPERANZIN, A. TINA, *Cessione d'azienda*, cit., p. 276: in giurisprudenza Cass. 16.06.2004, n. 11318; Trib. Milano, 10.04.2004.

<sup>187</sup> F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 150.

funzionamento. Al punto che, secondo la giurisprudenza, l'art. 2558 c.c. potrebbe applicarsi anche per i rapporti che sono giudizialmente controversi al momento della cessione, avvenendo in tal caso una successione dell'acquirente nel processo<sup>188</sup>.

#### *10.2.1. In particolare: i contratti di durata.*

Un'attenzione particolare meritano i contratti di durata, statisticamente molto frequenti nelle realtà aziendali.

Il problema che qui si pone è quello di capire che cosa succede quando il contratto, al momento della cessione, è ancora in corso; ciò in quanto la fattispecie concreta potrebbe essere di per sé suscettibile in più disposizioni.

Concretizziamo il problema: si pensi ad un contratto di somministrazione in cui il terzo somministrante abbia già eseguito le forniture scadute prima dell'alienazione della cessione d'azienda, mentre l'alienante/cedente è in arretrato con il pagamento del corrispettivo.

In questi casi, mentre non è dubbia "la successione dell'acquirente nel contratto per il futuro"<sup>189</sup>, si pone il problema di capire se i crediti o i debiti già scaduti debbano seguire il trasferimento automatico *ex art. 2558 c.c.*, o la diversa disciplina *ex art. 2559 e 2560 c.c.* (norme che, come vedremo, non contemplano l'automatico trasferimento di crediti e debiti all'acquirente). Si badi che non è una questione meramente teorica, giacché per quanto riguarda i debiti aziendali, si tratta di stabilire se il terzo somministrante dell'esempio appena citato possa pretendere il pagamento solo dal cessionario (se si applicasse l'art. 2558 c.c., che libera l'alienante) o anche dal cedente (in virtù della corresponsabilità sancita *ex art. 2560 c.c.*).

La soluzione più razionale, in questi casi, sembra essere quella di considerare il momento della cessione come uno spartiacque<sup>190</sup>; e dunque dedurre che la cessione dei contratti di durata comporti il subingresso dell'acquirente nelle corrispettive

---

<sup>188</sup> Cfr. Cass. 30.03.2018, n. 8055; Cass. 12.03.2013, n. 6107; Cass. 11.08.1990, n. 8219.

<sup>189</sup> Con la liberazione dell'alienante per i debiti concernenti le prestazioni future, come afferma G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 77.

<sup>190</sup> L'opinione pare giustificata sulla base di una considerazione generale su questa tipologia di contratti: la caratteristica fondamentale di questi contratti di durata è la possibilità di separare gli effetti passati e futuri rispetto ad un preciso momento: ne sono esempio, tra gli altri, gli artt. 1373, comma 2, e 1458 c.c., per cui il recesso e la risoluzione non si estendono alle prestazioni già eseguite.

prestazioni future (attive e passive), ma non in quelle già trascorse: queste ultime saranno trattate come crediti o debiti dell'alienante e, come tali, disciplinate dagli artt. 2559 e 2560 c.c.<sup>191</sup>.

Quest'interpretazione, come si vedrà, dovrà essere seguita anche in materia di retrocessione dell'azienda, considerando come spartiacque (inverso) la domanda di restituzione del complesso produttivo<sup>192</sup>.

### *10.3. Le eccezioni al trasferimento automatico dei contratti*

Si può riservare solo qualche cenno alle tre eccezioni che la legge prevede rispetto al trasferimento automatico dei contratti dal cedente al cessionario, in vista delle soluzioni ad analoghi problemi che potrebbero porsi nel caso di retrocessione del compendio aziendale.

#### *10.3.1. I contratti personali*

La prima eccezione riguarda i cd. contratti aventi carattere personale, nei quali il cessionario non subentra.

L'identificazione di questa tipologia di negozi ha suscitato dubbi in dottrina<sup>193</sup>, e la norma è stata interpretata da una duplice prospettiva: sia come meccanismo di protezione dell'acquirente, sia del terzo contraente.

Nel primo caso essa rappresenterebbe la necessità di evitare che l'acquirente subentri in contratti che rappresentano il frutto di scelte personali dell'alienante<sup>194</sup>, e che altrimenti si porrebbero in antitesi rispetto al principio della continuità

---

<sup>191</sup> Ancora G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 78 s.

<sup>192</sup> Si tornerà *infra*, Cap. III, § 13.2.

<sup>193</sup> Come osserva A. VANZETTI, *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi all'azienda ceduta*, in *Riv. soc.*, 1965, p. 539 ss.; F. GALGANO, *L'imprenditore*, cit., p. 83 s. nota che la norma potrebbe apparire come contraddittoria, poiché "la destinazione del contratto all'esercizio dell'impresa dovrebbe, per ciò stesso, escluderne il 'carattere personale'".

<sup>194</sup> M. AURELI, *La successione nei contratti: il limite imposto dai fatti non negoziali*, cit., p. 842. In giurisprudenza, Cass. 12.04.2001, n. 5495, per cui il riferimento alla posizione del cessionario deriva dal fatto che quest'ultimo "non deve essere legato da scelte che, oltre che alla logica dell'impresa nel cui esercizio sono state assunte, risalgono anche a ragioni personali, ovvero a valutazioni di interesse del cedente che egli può non condividere".

dell'impresa<sup>195</sup>; nel secondo l'esclusione del meccanismo di trasferimento automatico si porrebbe a garanzia della conservazione della controparte originaria a tutela del terzo.

In questi termini, ci si è chiesti se il requisito della personalità sia da riferire al terzo contraente oppure all'alienante; cioè se (a) la qualità del terzo ha assunto un ruolo decisivo nella stipulazione del contratto da parte del cedente (es. una commessa affidata ad un artigiano di fiducia del cedente), oppure (b) se la qualità dell'imprenditore alienante ha assunto un ruolo decisivo nella stipulazione del contratto da parte del terzo contraente (es. l'aggiudicazione di un appalto in virtù della riconosciuta affidabilità dell'imprenditore cedente).

La dottrina propende per la seconda tesi<sup>196</sup>.

In realtà, non si vede per quale ragione la norma non possa riferirsi anche ai contratti che hanno per l'alienante carattere personale<sup>197</sup>: ciò per la constatazione che così si impedirebbe il passaggio all'acquirente di negozi che quest'ultimo non avrebbe stipulato per l'esercizio dell'attività imprenditoriale. D'altronde, deve anche tenersi in considerazione che quando la qualità dell'alienante ha assunto un'importanza decisiva per il terzo contraente, quest'ultimo è comunque tutelato – seppur *ex post* – attraverso l'istituto del recesso *ex art. 2558, comma 2, c.c.*: sicchè, si rischierebbe di assistere ad una duplicazione della tutela in favore del terzo, senza considerare – invece – in alcun modo i contratti che l'alienante ha stipulato in ragione delle qualità assunte dal terzo.

Si discute, peraltro, se la nozione faccia riferimento a quelli che sono comunemente noti come i contratti in cui rileva l'*intuitus personae*<sup>198</sup>: di fronte alla difficoltà concettuale di distinguere tra “contratti personali” e “contratti in cui rileva l'*intuitus personae*”<sup>199</sup>, si è correttamente optato per restringere la categoria citata dall'art. 2558 c.c. ai soli contratti connotati dall'infungibilità oggettiva o soggettiva<sup>200</sup>

---

<sup>195</sup> Cfr. ancora M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 221.

<sup>196</sup> Così G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., p. 56; G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 82; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 797; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 165.

<sup>197</sup> F. GALGANO, *L'imprenditore* cit., p. 84.

<sup>198</sup> Sembra affermarlo G. BONFANTE, G. COTTINO, *L'imprenditore*, cit., p. 636.

<sup>199</sup> Come fa F. GALGANO, *L'imprenditore*, cit., p. 83 ss., che afferma che i contratti personali di cui all'art. 2558 c.c. sarebbero una categoria più ristretta di quelli in cui rileva l'*intuitus personae*.

<sup>200</sup> M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 221 ss., che specifica che sarebbero oggettivamente infungibili quelli caratterizzati da un contributo personale dell'imprenditore alienante, tale per cui la prestazione sarebbe impossibile se resa da altri soggetti (es. attività di carattere artistico), mentre sarebbero soggettivamente infungibili quelle in cui la qualità personale dell'alienante sia stata espressamente presa in considerazione tramite clausole di incedibilità del rapporto; in questo senso anche G.E. COLOMBO,

della prestazione attesa dal terzo. Così, per esempio, vengono esclusi dal novero quelli che, pur connotati da *intuitus personae*, non si estinguono – per espressa previsione di legge – per morte del contraente o quelli che non sono stati stipulati nell’esercizio dell’attività imprenditoriale<sup>201</sup>.

Dunque, al di là delle questioni dottrinali sul punto, ciò che conta per l’identificazione di questi negozi è la loro mancanza di quella stretta inerenza rispetto all’azienda e all’attività imprenditoriale. Ed è questo che giustifica la deroga dalla regola generale del trasferimento automatico.

### 10.3.2. Il patto contrario alla cessione ex lege

La seconda eccezione riguarda il patto contrario stipulato tra cedente e cessionario, che ha come effetto quello di paralizzare l’automatico trasferimento del contratto al cessionario<sup>202</sup>. L’art. 2558 c.c. sembra così presupporre che si possa disporre del diritto (*rectius*: interesse) in capo al terzo al mantenimento del rapporto nell’ottica della continuità aziendale, così che non sia necessario il consenso del terzo per evitare la successione del rapporto; d’altronde, non sembra esistere la pretesa di un soggetto all’imprenditorialità della propria controparte<sup>203</sup>.

Tale previsione che deroga alla regola del trasferimento automatico ha portato ad affermare che la successione del cessionario dell’azienda nei contratti in essere non costituirebbe un “effetto essenziale” del trasferimento d’azienda<sup>204</sup>.

---

*L’azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 85. Parla di “normale insostituibilità del soggetto” M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 797. Ancora, G. BONFANTE, G. COTTINO, *L’imprenditore*, cit., p. 636.

<sup>201</sup> G.E. COLOMBO, *L’azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 86, che annovera tra questi il contratto di appalto (art. 1674 c.c.) e quello di conto corrente (art. 1833 c.c.).

<sup>202</sup> In dottrina è pacifico che il patto sia quello tra alienante e acquirente e non quello inserito nel contratto stipulato tra l’alienante e il terzo: cfr. AULETTA, *Dell’azienda*, cit., p. 55; G.E. COLOMBO, *L’azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 79; D. PETTITI, *Il trasferimento volontario dell’azienda*, cit., p. 50.

<sup>203</sup> Secondo D. PETTITI, *Il trasferimento volontario dell’azienda*, cit., p. 50, non sembra che la norma abbia voluto proteggere a tutti i costi l’interesse del terzo alla prosecuzione del rapporto con l’acquirente. Cfr. anche M. CIAN, *Dell’azienda*, cit., p. 225, per cui al più, il problema potrà riguardare l’alienante che, spogliatosi del complesso di beni, rischierà di essere privo dei mezzi necessari per adempiere.

<sup>204</sup> G.E. COLOMBO, *L’azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 79.



Si tratta di una conclusione da ridimensionare, poiché non sembra che la deroga pattizia possa spingersi fino ad intaccare la *ratio* dell'intera disposizione, per cui la successione nei contratti rappresenta un effetto naturale della cessione del compendio aziendale, in assenza della quale verrebbe trasferito un complesso di beni "amorfo".

Il patto contrario potrà certamente riguardare uno o più contratti stipulati dal cedente, ma è necessario verificare se esso "eradichi l'azienda dal contesto di mercato o ne scarnifichi il programma organizzativo"<sup>205</sup>: in queste ipotesi il trasferimento non potrebbe più qualificarsi come una cessione d'azienda e, conseguentemente, applicarsi la relativa disciplina (tra cui, appunto, l'art. 2558 c.c.)<sup>206</sup>, né, tantomeno, le considerazioni che seguiranno relative alla restituzione dell'azienda.

### 10.3.3. Il recesso del terzo ceduto ex art. 2558, comma 2, c.c.

Anche il recesso da parte del terzo contraente, esercitabile da quest'ultimo entro tre mesi dall'avvenuta notizia del trasferimento dell'azienda, configura un'ipotesi che paralizza la successione automatica del contratto (seppur *ex post* e non *ex ante*, come per le altre due eccezioni appena analizzate).

L'art. 2558, comma 2, c.c. contempera l'interesse del cessionario a subentrare nei rapporti giuridici che permettono il funzionamento dell'azienda con quello del terzo ceduto a non subire la sostituzione della propria controparte originaria. Viene così previsto un meccanismo protettivo che opera "a valle"<sup>207</sup> (e non "a monte", come avviene nella cessione *ex art.* 1406 c.c. per cui il consenso del ceduto al trasferimento del rapporto contrattuale serve per perfezionare la stessa cessione).

---

<sup>205</sup> L'efficace espressione è di M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 226.

<sup>206</sup> Come può essere il caso di un patto contrario rispetto a contratti che attribuiscono all'imprenditore il diritto di godimento sui beni aziendali: in questo caso, non essendo più qualificabile come "azienda", la cessione avrà semplicemente per oggetto una massa di beni, come osserva G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 79.

<sup>207</sup> M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 227.

La norma ha suscitato una serie di problemi di carattere sistematico, concernenti gli effetti di tale dichiarazione<sup>208</sup>, la giusta causa<sup>209</sup>, e la responsabilità dell'alienante<sup>210</sup>, sui quali tuttavia non è opportuno intrattenerci, poiché non strettamente rilevanti per la presente trattazione.

### 11. I crediti aziendali.

L'art. 2559 c.c. si occupa della seconda unità funzionale relativa ai rapporti giuridici pendenti al momento del trasferimento dell'azienda: i crediti.

---

<sup>208</sup> Secondo parte della dottrina il recesso impedirebbe il trasferimento del contratto insieme con l'azienda, non agendo tanto sulla (mancata) successione del rapporto giuridico, ma piuttosto come effetto limitativo dell'alienazione dell'azienda: cfr. G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., p. 57 ss. Non così dissimile la posizione di F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 372, per cui il recesso avrebbe un doppio effetto: quello di escludere il trasferimento del contratto al cessionario, ma al contempo quello di risolvere il contratto nei confronti del cedente, in quanto l'alienazione dell'azienda (e dunque l'applicazione del trapasso del contratti *ex lege* ai sensi dell'art. 2558 c.c.) equivarrebbe ad una dichiarazione di non voler più adempiere alle prestazioni derivanti da quel contratto. Altra parte (A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, cit., p. 167) ha preferito ritenere che l'esercizio del recesso determini una retrocessione del negozio al contraente originario, in modo tale che il rapporto continuerà a sussistere con cedente: solo in questo caso troverebbe senso la specificazione della responsabilità dell'alienante, come perdurante dovere di adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto non ceduto per l'intervento ostativo del terzo. Infine, per altri ancora, il recesso, pur operando su un contratto già trasferito, farebbe venir meno gli effetti *ex tunc*, cioè dal momento dell'alienazione dell'azienda che costituisce il presupposto della dichiarazione di recesso stessa: è l'idea di M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 80.

<sup>209</sup> Il Codice non specifica ulteriormente tale previsione. Nel tentativo di fondare un equilibrio interno nell'art. 2558 c.c. è stato sostenuto che se il requisito della "personalità" del contratto vada individuato con riferimento all'alienante, quello della giusta causa di recesso andrebbe ricercato nella prospettiva dell'acquirente: cfr. M. GHIDINI, *Disciplina giuridica dell'azienda*, cit., p. 173. Estendendo questa prospettiva anche ad ipotesi che riguardano anche cause esterne rispetto alla personalità del cessionario, G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 98 ss. ritiene integrato il requisito quando l'acquirente che subentra nel contratto manchi "delle qualità personali o patrimoniali necessarie per far ritenere probabile il buon esito del contratto". Secondo M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 229 s. potrà rilevare anche la scarsa affidabilità patrimoniale del cessionario, se paragonata con quella del cedente.

<sup>210</sup> Nel tentativo di ricercare un equilibrio interno nella norma, e in particolare tra i soggetti a cui l'art. 2558 c.c. riserva una tutela, un'isolata pronuncia Suprema Corte ha indicato tale soggetto nel cessionario: cfr. Cass. 15.09.2009, n. 19870, che argomenta adducendo che è il cessionario d'azienda che "si trova obbligato a subire le eventuali conseguenze economiche pregiudizievoli derivanti dalla caducazione dei rapporti contrattuali già rientranti nel patrimonio dell'azienda e sui quali aveva fatto affidamento, mentre il ceduto non può vantare alcun titolo di responsabilità contrattuale od aquiliana nei confronti del cedente, in ragione, del primo caso, dell'intervenuta novazione soggettiva del negozio e, nel secondo caso, della liceità in sé della cessione". La letteratura è invece comunemente orientata nell'accordare la tutela risarcitoria al contraente ceduto: su tutti, G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 102 ss.; D. PETTITI, *Il trasferimento volontario dell'azienda*, cit., p. 55; M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 230.

Come già anticipato, si rinvengono diverse posizioni con riferimento all'automatico trasferimento degli stessi crediti al cessionario dell'azienda; nonostante la dottrina maggioritaria sia ormai orientata nel senso dell'esclusione e nell'affermazione per cui la norma disciplini solamente l'efficacia verso il debitore e i terzi di una cessione volontaria di crediti che viene espressamente pattuita tra le parti in connessione con la cessione dell'azienda<sup>211</sup>, altra parte, alimentata dalla giurisprudenza<sup>212</sup>, continua a ritenere che l'articolo in commento implichi l'automatico passaggio all'acquirente dei crediti relativi all'azienda, sulla scorta del fatto che non si spiegherebbe un articolo che regola gli effetti della cessione se alla base non fosse implicitamente affermata la cessione medesima<sup>213</sup>. Non mancano posizioni intermedie, per cui l'acquirente dell'azienda non acquisterebbe la titolarità del credito, ma solo la legittimazione attiva alla riscossione<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> G.E. COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, cit., p. 27; ID., *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 117. Nello stesso senso, A. GRAZIANI, *Impresa e imprenditore*, cit., p. 171; D. PETTITI, *Il trasferimento volontario dell'azienda*, cit., p. 78 ss.; M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 179. In giurisprudenza, cfr. la pur risalente App. Cagliari, 18.03.1964, in *Foro it., Rep.*, 1964, voce *Azienda*, n. 12. Sul punto anche G. BONFANTE, G. COTTINO, *L'imprenditore*, cit., p. 641, per cui il legislatore, nel disciplinare l'art. 2559 c.c. non aveva in mente "il problema del passaggio dei crediti in seguito alla cessione dell'azienda, ma l'esigenza di stabilirne l'efficacia nei confronti del debitore ceduto e dei terzi.

<sup>212</sup> *Ex multis*, Cass. 03.01.2020, n. 15, per cui l'automatica cessione può essere esclusa solo da un patto contrario delle parti; Cass. 31.07.2012, n. 13692; Trib. Catanzaro, 15.03.2011; Cass. 22.01.1999, n. 577; Cons. Stato, 01.03.2003, n. 1129, per cui i crediti che attengono alla gestione dell'impresa si trasferiscono in forza dell'art. 2559 c.c. quando l'azienda viene ceduta. Con specifico riferimento ai crediti tributari, Cass. 31.07.2020, n. 16492. Meno di recente: App. Milano, 13.01.1959; App. Firenze, 10.12.1964, in *Giur. toscana*, 1965, p. 383. La giurisprudenza è anche giunta ad affermare che il conferimento di un'azienda in una società comporta per legge la cessione dei crediti ad essa relativi: cfr. Cass. 09.04.2009, n. 8644 e Cass. 12.03.2008, n. 6578, tutte in *DeJure*. Tuttavia, è ugualmente presente nella giurisprudenza il riferimento al fatto che la cessione automatica riguarderebbe solo i crediti "strettamente aziendali", non estendendosi a quelli di natura personale (es. quelli derivanti da illecito extracontrattuale), per cui sarebbe comunque necessaria un'apposita pattuizione in tal senso: sul punto C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, *Dell'azienda*, cit., p. 149.

<sup>213</sup> Tra i molti, M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 823 ss.; F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 364 ss.; T. TABELLINI, *Il concetto di azienda*, cit., p. 144 ss.; L. BARASSI, *La teoria giuridica delle obbligazioni*, vol. I, Milano, 1963, p. 320 s. A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 1998, p. 194. Affermano l'automatico trapasso dei crediti, unitamente ai contratti e ai debiti, "indipendentemente dalle previsioni di cui agli artt. 2558, 2559 e 2560 e dalla loro interpretazione" nell'ipotesi di trasferimento *mortis causa* dell'azienda, M. SPERANZIN, A. TINA, *La cessione d'azienda*, cit., p. 269 s. Cfr. anche, seppur in termini critici, D. PETTITI, *Il trasferimento volontario dell'azienda*, cit., p. 78.

<sup>214</sup> D. PETTITI, *Il trasferimento volontario dell'azienda*, cit., p. 78.

Tale regola verrebbe desunta da indici di natura letterale<sup>215</sup> o sistematica<sup>216</sup>, o ancora come una conseguenza necessaria dell'adozione delle tesi universalistiche<sup>217</sup>; più in generale dalla constatazione per cui ciò rappresenterebbe un rafforzamento della continuità dell'attività imprenditoriale<sup>218</sup>.

Il problema deve essere chiarito, giacchè l'adozione dell'una o dell'altra tesi porterà conseguenze con riferimento alla restituzione dell'azienda, ove si interpretasse analogicamente la norma: se infatti si ammettesse che la cessione dei crediti all'acquirente sia un effetto automatico della cessione d'azienda, si potrebbe essere portati ad affermare che, all'atto della retrocessione, la stessa sorte tocchi ai nuovi crediti assunti *medio tempore* dal cessionario; dunque che il cedente diverrebbe il nuovo titolare di tali rapporti giuridici attivi.

In realtà, sembra che l'affermazione generale per cui i crediti dovrebbero essere trasferiti automaticamente al cessionario voglia provare troppo: al di là del fatto che, diversamente da quanto disposto per i contratti, non vi è un'espressa disposizione di subentro automatico del cessionario nei crediti d'azienda<sup>219</sup>, vi sono ipotesi in cui la cessione del credito non si pone affatto come strumentale rispetto all'attività imprenditoriale svolta<sup>220</sup>.

A ben vedere, il paragone con l'art. 2558 c.c. consente di muovere un'ulteriore obiezione all'interpretazione che vorrebbe affermare il trapasso automatico dei crediti<sup>221</sup>: la norma che disciplina la successione dei contratti prevede che tale trasferimento non si verifichi quando il contratto abbia una natura "personale": il mancato riferimento a questa tipologia di crediti nell'art. 2559 c.c. sarebbe dunque

---

<sup>215</sup> Per un approfondimento con riguardo all'espressione "cessione dei crediti" di cui all'art. 2559, comma 1 c.c. e ai rapporti tra il primo e il secondo comma del medesimo articolo si rinvia a G.E. COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, cit., p. 28 ss.

<sup>216</sup> Come afferma M. GHIDINI, *Disciplina giuridica*, cit., p. 181, "se la cessione dei crediti non avesse necessario collegamento, a guisa di conseguenza, con il trasferimento dell'azienda, ma dovesse essere pattuita caso per caso, non si comprenderebbe perché l'iscrizione nel registro delle imprese del trasferimento dell'azienda dovesse avere valore di notifica della cessione dei crediti".

<sup>217</sup> C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, *Dell'azienda*, cit., p. 146.

<sup>218</sup> Cfr. M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 824, per cui i diritti di credito rappresentano, al pari degli altri diritti, "gli elementi del potere giuridico globale sopra l'azienda, che si trasferisce mercè l'alienazione". In senso critico, M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 181.

<sup>219</sup> Sul punto, tra i molti, C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, *Dell'azienda*, cit., p. 145.

<sup>220</sup> D. PETTITI, *Il trasferimento volontario dell'azienda*, cit., p. 77, per il quale "non è [...] possibile individuare, in ordine al trasferimento dei crediti, alcun interesse di terzi o della generalità dei consociati che imponga la necessità che i crediti aziendali siano ceduti insieme all'azienda".

<sup>221</sup> E ciò deve valere anche con riferimento ai debiti, secondo quanto sarà esposto al seguente paragrafo.

un'ulteriore prova del fatto che il legislatore non ha inteso prevedere alcuna successione automatica dei rapporti attivi a favore del cessionario<sup>222</sup>.

Parte della dottrina ha fornito spiegazioni alternative che diversificano in base alla natura del credito<sup>223</sup>; così, quando il credito è di natura pecuniaria e costituisce il corrispettivo di beni o servizi già forniti dall'azienda anteriormente alla stipulazione della cessione, non vi sarebbero ragioni per disporre il subentro automatico del cessionario, in quanto ciò non risponderebbe ad alcuna utilità per quest'ultimo; viceversa, quando il credito si pone come "funzionale" rispetto all'attività imprenditoriale svolta per cui il cedente abbia già pagato un prezzo (es. un credito rispetto ad una prestazione in natura, o il godimento da parte dell'imprenditore di un fattore produttivo), dovrebbe desumersi il subingresso del cessionario, poiché tale credito rappresenta "una componente effettuale finalizzata a realizzare l'avvicendamento nell'impresa"<sup>224</sup>. D'altronde, non è difficile immaginare situazioni in cui l'azienda non può materialmente funzionare in assenza di tali crediti. Si pensi al diritto di sfruttamento del marchio che serve ad identificare sul mercato i prodotti dell'azienda alienata; lo sfruttamento della stessa – e dunque l'intero scopo dell'alienazione – sarebbe pregiudicato se tale trasferimento non avvenisse, anche in assenza di un'espressa pattuizione delle parti.

L'opinione è da condividere, proprio perché risponde alla *ratio* della cessione d'azienda, seppur rimanga incerto il fondamento normativo di tale trapasso quando non vi sia una specifica pattuizione nel contratto.

Come detto, deve escludersi che esso possa rinvenirsi in una pretesa (e generale) cessione *ex lege* desumibile dall'art. 2559 c.c.; talora si afferma che la base normativa potrebbe rinvenirsi nell'art. 2558 c.c., poiché la portata integrativa della norma consentirebbe di interpretare il contratto di cessione nel senso di indirizzare la volontà dei contraenti verso un generico trasferimento dei rapporti in corso, ricomprendendovi

---

<sup>222</sup> Abbozza solamente la questione D. PETTITI, *Il trasferimento volontario dell'azienda*, cit., p. 91.

<sup>223</sup> È stato G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., p. 61, a distinguere in base alla realtà economica del credito; ID., voce *Azienda*, cit., p. 21, che distingue tra crediti in moneta e crediti con oggetto diverso dalla moneta. Cfr. anche M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 825. Ancora, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., *passim*.

<sup>224</sup> Cfr. M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 236. *Contra*, tuttavia, D. PETTITI, *Il trasferimento volontario dell'azienda*, cit., p. 77 s., secondo il quale non si può ritenere che i crediti aziendali formino necessariamente parte integrante dell'azienda, "nel senso che il loro trasferimento costituisca una sorta di *condicio sine qua non* del trasferimento dell'azienda".

anche quei crediti “puri” direttamente collegati allo scopo produttivo; così “il credito si trasferisce contrattualmente [...] ma si trasferisce come credito, senza trascinare con sé il rapporto da cui origina”<sup>225</sup>.

Tuttavia, pare più corretto ricadere su considerazioni che funzionalizzino la stessa volontà delle parti, sulla scia di quanto affermato con riferimento all’art. 2555 c.c.: se infatti queste hanno voluto realizzare un trasferimento di azienda – di cui, *ex art. 2555 c.c.*, fanno parte anche i beni su cui l’imprenditore ha solo un titolo di godimento – tale intento si realizza anche attraverso la cessione di quei rapporti giuridici che costituiscono elementi su cui si innesta l’attività imprenditoriale<sup>226</sup>.

Quale che sia il fondamento normativo per questo trasferimento, rimane il fatto che, al di fuori di questa ipotesi, i crediti che non siano riferibili all’apparato produttivo non si trasferiscono automaticamente e, pur nascendo dall’attività dell’azienda, permarranno in capo all’alienante<sup>227</sup>.

Ciò, ovviamente, non toglie che le parti siano libere di disciplinare pattiziamente il trasferimento dei crediti aziendali anche al di fuori di quelli “funzionali”<sup>228</sup>; e di prevedere – in ipotesi – un’analoga clausola destinata ad operare proprio in occasione della retrocessione dell’azienda al cedente in occasione della caducazione contrattuale.

Chiarito questo aspetto, occorre sottolineare che l’art. 2559 c.c. ha suscitato anche problemi di diversa natura, che attengono al concreto operare della regola pubblicitaria nei confronti del debitore.

Anche questo tema verrà in rilievo nella circolazione di regresso, allorquando si porrà il problema concernente l’eventuale retrocessione pattizia dei crediti al cedente: se, come vedremo tra breve, l’iscrizione dell’atto di cessione nel registro delle imprese assume un rilievo fondamentale ai fini dell’opponibilità nei confronti di soggetti terzi,

---

<sup>225</sup> M. CIAN, *Dell’azienda*, cit., p. 190. Tuttavia, M. SPERANZIN, A. TINA, *La cessione d’azienda*, cit., p. 251, per i quali “il trasferimento del bene in godimento [non può] prescindere dal trasferimento del contratto in virtù del quale l’imprenditore ha la disponibilità del bene”.

<sup>226</sup> In questo senso G.E. COLOMBO, *L’azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 123 s., il quale specifica che vi possono anche essere situazioni in cui il credito non è rappresentato dal godimento di beni determinati, ma è comunque tale da non avere alcuna utilità se fosse pagato all’alienante (es. il credito alla consegna di un impianto, già pagato, di cui l’imprenditore non abbia ancora la proprietà). Anche in questo caso, secondo l’A., si tratta di una cessione volontaria desumibile dal contratto traslativo, interpretato alla luce nel legame “necessario” che sussiste tra l’oggetto del credito e la titolarità dell’azienda.

<sup>227</sup> Sempre M. CIAN, *Dell’azienda*, cit., p. 236, per cui “è proprio sul crinale della funzionalità della prestazione attesa che si situa il confine tra crediti normalmente circolanti al seguito dell’impresa e crediti normalmente non circolanti”.

<sup>228</sup> D. PETTITI, *Il trasferimento volontario dell’azienda*, cit., p. 77.

ci si interrogherà se un analogo effetto potrà essere riservato anche alla sentenza che impone la caducazione del negozio.

Occorre chiarire i termini della questione.

In sintesi, la norma non chiarisce se l'iscrizione nel registro delle imprese sostituisca la notificazione al debitore o la sua accettazione ai sensi dell'art. 1264 c.c., impedendo di avere indicazioni univoche sugli eventuali pagamenti effettuati dai debitori aziendali al creditore non più titolare dell'azienda (e dei crediti con essa trasferiti pattiziamente)<sup>229</sup>.

La dottrina, sul punto, è schierata su due diverse posizioni.

Una prima ricostruzione afferma che l'art 2559 c.c. si occupa esclusivamente del rapporto tra la cessione del credito ed eventuali diritti di terzi (ad esempio: ulteriori cessionari del credito *ex art.* 1265 c.c. o creditori del cedente che abbiano pignorato il credito *ex art.* 2914, comma 2, c.c.), non disponendo alcunchè con riferimento all'efficacia della cessione nei confronti del debitore, per il quale sarebbe comunque necessaria la notificazione o la sua accettazione, secondo l'ordinaria regola di cui al predetto art. 1264 c.c.<sup>230</sup>

Una seconda opinione considera invece la nozione di “terzi” contenuta nell'art. 2559 c.c. in modo estensivo, per ricomprendervi anche la posizione dello stesso debitore<sup>231</sup>. Così, l'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese varrebbe a sostituire gli effetti della notifica o dell'accettazione della cessione del credito, fermo restando quanto disposto dall'ultima parte del primo comma: e cioè che sarebbe liberatorio il pagamento effettuato al cedente quando il debitore sia ignaro dell'iscrizione nel

---

<sup>229</sup> Secondo M. ROTONDI, *Diritto industriale*, cit., p. 391, il problema deriva da una formulazione poco felice, poiché il legislatore avrebbe voluto dire “che non è liberato il debitore ceduto se, pur essendo mancata la registrazione, avesse conoscenza della cessione ed avesse pagato lo stesso al cedente”. Ma si tratta, come nota G.E. COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, cit., p. 158, di una soluzione incompatibile con il dato letterale, che al contrario prende in considerazione proprio l'ipotesi in cui l'iscrizione sia avvenuta.

<sup>230</sup> È di questa opinione G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 134; ID., *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, cit., p. 158 ss. Cfr. anche F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 206 ss.

<sup>231</sup> La tesi è sostenuta da F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 354 ss.; M. GHIDINI, *Disciplina giuridica dell'impresa*, cit., p. 181. In modo ancor più radicale si sostiene che l'effetto della pubblicità dichiarativa sia esteso al debitore, con l'effetto di stabilire una presunzione di conoscenza dell'avvenuta cessione del credito, pur suscettibile di una prova contraria. In questo modo, dovrebbe essere il debitore a dimostrare l'incolpevole ignoranza della cessione del credito, e non il cessionario a dover dimostrare la malafede del debitore: cfr. sul punto P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, p. 213 ss.

registro delle imprese e non informato per altre vie della cessione del credito (dunque: in buona fede).

Al di là del fatto che, nella prassi, esigenze cautelative fanno sì che, anche a prescindere dall'iscrizione nel registro delle imprese, le parti notificano al debitore l'avvenuto trasferimento del credito al cessionario, sembra che la prima interpretazione sia più conforme alle regole che disciplinano l'efficacia della cessione del credito: e infatti, laddove viene concesso al debitore di liberarsi quando egli paga in buona fede al cedente (ormai non più titolare del credito), vi è la riaffermazione della *ratio* che sottostà agli artt. 1264, comma 2, e 1189 c.c. D'altronde, sembra più ragionevole imporre al cessionario (nuovo creditore) la notifica della cessione del credito, piuttosto che al debitore l'onere di controllare costantemente il registro delle imprese per avere contezza delle sorti del proprio credito.

In conclusione, sembra corretto affermare che l'art. 2559 c.c. non faccia che riaffermare il principio dell'efficacia liberatoria del pagamento effettuato dal debitore ignaro della cessione, senza disporre alcuna deroga rispetto all'efficacia della cessione stessa nei confronti del ceduto.

## 12. I debiti aziendali.

Come detto, i debiti contratti dall'imprenditore per la costituzione o l'esercizio dell'azienda non rientrano nella nozione di "azienda" dettata dall'art. 2555 c.c.: d'altronde, "non si vede come possa considerarsi 'bene' un elemento patrimoniale negativo, quale è essenzialmente il debito"<sup>232</sup>. Dunque tale norma non può essere assunta come parametro per desumere un automatico trasferimento al cessionario dei debiti unitamente al compendio aziendale<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> Chiaramente, sul punto, G.E. COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, cit., p. 87, il quale riporta l'opinione di A. DE MARTINI (*Trasferimento d'azienda e successione nei debiti*, cit., p. 263 ss.), il quale si domandava se alle situazioni passive potessero corrispondere, sul piano oggettivo, delle *res* tali da essere comunque ricomprese nella nozione di azienda. Analoghe considerazioni in F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 214.

<sup>233</sup> Ancora G.E. COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, cit., p. 87 ss.; si ricorda tuttavia, ancora, la costruzione che identifica i debiti come *obligationes propter rem* di F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 369 ss.



A tali obbligazioni è riservata l'ultima norma del "microsistema" dedicata ai rapporti pendenti nel trasferimento dell'azienda<sup>234</sup>.

L'art. 2560 c.c. regola la sorte dei debiti inerenti all'esercizio dell'impresa nei confronti dei terzi, con una duplice previsione, e cioè che:

(i) l'alienante non è liberato dai debiti, salvo che non risulta che i creditori vi abbiano consentito;

(ii) nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori.

Anche in questo caso, così come per i crediti aziendali, la giurisprudenza<sup>235</sup> e la dottrina sono divise tra orientamenti che affermano l'automatica successione nel debito da parte del cessionario<sup>236</sup> e altri, invece che limitano l'ambito di applicazione dell'art. 2560 c.c. alla (co)responsabilità di alienante ed acquirente<sup>237</sup>, ferma restando comunque la possibilità per le parti di disciplinare una successione volontaria nel titolo (che avrebbe tuttavia un esclusivo profilo interno)<sup>238</sup>. Non mancano posizioni intermedie, che fanno riferimento ad un "assoluto agnosticismo del Legislatore sul profilo *interno*"<sup>239</sup>.

---

<sup>234</sup> Invero, norme di dettaglio vengono disposte per tipologie speciali di debiti, quali quelli tributari (art. 14 d.lgs. 472/99) e quelli derivanti dal trasferimento di una azienda bancaria (art. 58, comma 5, d.lgs. 385/93): sul punto, per un approfondimento R. CASPANI, *Responsabilità del cessionario per debiti inerenti al ramo d'azienda trasferito*, in *Giur. comm.*, 2016, p. 1012 ss.

<sup>235</sup> Tra le molte, a favore dell'automatico trasferimento: Cass. 22.01.1972, n. 171; Cass. 15.02.1979, n. 1001; Cass. 22.01.1999, n. 577; di recente, ancorché con riferimento ad un legato di azienda, Cass. 29.01.2016, n. 1720, ove si è statuito che "il legato di azienda ha ad oggetto, salvo diversa volontà del testatore, il complesso unitario dei beni organizzato per l'esercizio dell'impresa, comprensivo di tutti i rapporti patrimoniali di debito-credito che ad essa fanno capo", così che il legatario è tenuto, entro i limiti del valore (positivo) dell'azienda al pagamento dei debiti aziendali. *Contra*, nel senso che la norma non prevederebbe il subingresso del cessionario nei debiti aziendali: Cass. 22.12.2004, n. 23780; Cass. 03.10.2011, n. 20154; Trib. Milano, 27.06.2007; Cass. 11.05.1976, n. 1653; Cass. 30.06.2015, n. 13319.

<sup>236</sup> Tra i molti, F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 358; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 160 s.; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., 831; P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., p. 274, il quale adotta tuttavia una posizione più sfumata per cui nel dubbio l'art. 2560 c.c. andrebbe interpretato nel senso del trasferimento automatico dei debiti al cessionario.

<sup>237</sup> Cfr. M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., *passim*; G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 136 ss.; G. AULETTA, *Dell'azienda*, cit., p. 70; G. BONFANTE, C. COTTINO, *L'imprenditore*, cit., p. 642 ss. C. CACCAVALE, *L'accollo ex lege dei debiti relativi all'azienda*, cit., p. 506 s.; U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 2009, p. 449 s.; A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, cit., p. 84; G. MARCHETTI, *Trasferimento d'azienda e accollo ex lege del cessionario*, cit., p. 185 s.

<sup>238</sup> Cfr. F. FIMMANÒ, *La sorte dei debiti e dei contratti nella circolazione inversa dell'azienda*, in *Riv. Notariato*, 2018, p. 114 ss.; ancora, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 216, ed ivi altri numerosi riferimenti.

<sup>239</sup> F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 214 s., il quale richiama il fatto che anche in materia di accollo (artt. 1268 ss. c.c.) il legislatore avrebbe omissso di occuparsi dell'assetto di interessi tra vecchio

Così, nonostante la disposizione apparentemente tratti esclusivamente il tema della responsabilità esterna per il debito<sup>240</sup>, dalla stessa sono state tratte indicazioni volte a regolare il lato interno, per affermare che, implicitamente, sarebbe disciplinato il trasferimento dei debiti all'acquirente (ferma restando la solidarietà dell'alienante sancita dalla norma)<sup>241</sup>.

Il tema dell'automatico trasferimento (o meno) dei debiti verrà in rilievo anche quando verrà trattato il tema della restituzione dell'azienda, nel momento in cui si discuterà dell'applicazione analogica inversa dell'art. 2560 c.c.: se infatti si dimostrasse che la norma sancisce tale trapasso dei debiti aziendali dal cedente al cessionario, e ne fosse estesa l'applicazione inversa anche al momento della retrocessione, si potrebbe essere portati alla conclusione per cui anche i debiti assunti *medio tempore* dal cessionario subiscano un automatico trasferimento al cedente in virtù del fenomeno circolatorio inverso dell'azienda.

Occorre tuttavia sottolineare sin d'ora qualche considerazione che pare dirimente per affermare che la legge si preoccupa solo di regolare la corresponsabilità di alienante e acquirente, mentre non dispone alcunchè con riferimento al problema del passaggio dei debiti *inter partes*:

(i) *in primis*, milita a favore dell'esclusione della successione *ex lege* del debito una considerazione storica: nel Progetto preliminare del Codice del Commercio del 1940 tale successione nei debiti veniva espressamente disciplinata tra gli effetti *inter partes* della cessione d'azienda, sancendo espressamente il trasferimento delle

---

e nuovo debitore "occupandosi unicamente dell'aspetto *esterno*". Cfr., tra i molti, U. MINNECI, *Trasferimento di azienda e regime dei debiti*, Torino, 2007, p. 68. Sul piano generale, T. MANCINI, *La delegazione, l'espromissione e l'accollo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, vol. XI, Torino, 1984, p. 399 ss.

<sup>240</sup> M. SPERANZIN, A. TINA, *La cessione d'azienda*, cit., p. 279, secondo cui l'art. 2560 c.c., al pari del precedente, si occupa solo della sorte "nei confronti dei terzi" dei debiti inerenti all'esercizio dell'azienda. Viene chiamata "responsabilità eventualmente senza debito" o più correttamente "responsabilità per debito altrui" da G. MARCHETTI, *Trasferimento d'azienda e accollo ex lege del cessionario*, cit., p. 186.

<sup>241</sup> Secondo G. AULETTA, voce *Azienda*, cit., p. 22, l'art. 2560 "è muto rispetto al problema, cioè non pone alcuna norma interpretativa integrativa per risolvere il dubbio se le parti hanno stabilito, nel caso concreto, il trasferimento dei debiti all'acquirente o la loro conservazione da parte dell'alienante". Cfr. anche C. FERRENTINO, A. FERRUCCI, *Dell'azienda*, cit., p. 119, per cui la questione pratica ha estrema rilevanza, dal momento che se si accogliesse la tesi del trasferimento automatico, di fronte all'ipotesi in cui il cedente abbia estinto il debito vi sarebbe poi la possibilità per lo stesso di rivalersi nei confronti dell'acquirente.

posizioni creditorie e debitorie all'acquirente (art. 55, comma 2). Tale articolo, nel passaggio al Codice civile è scomparso<sup>242</sup>;

(ii) secondariamente, un argomento letterale: se la legge avesse voluto sancire la successione automatica del cessionario nei debiti aziendali, la previsione di cui al secondo comma dell'art. 2560 c.c. – tale per cui “nel trasferimento dell'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda” sarebbe totalmente inutile; al contrario, per affermare una coerenza nelle due disposizioni segue questo percorso: (a) il primo comma stabilisce il permanere della responsabilità dell'alienante nell'ipotesi in cui le parti pattuiscono tale successione nel debito<sup>243</sup>; (b) il secondo comma crea una responsabilità (*rectius*: accollo) *ex lege* per l'ipotesi in cui le parti non abbiano previsto tale successione<sup>244</sup>;

(iii) infine, uno di carattere teleologico. La *ratio* della norma si rinviene tradizionalmente nella necessità di fornire una adeguata tutela ai terzi creditori – soggetti che “subiscono” l'alienazione – ponendoli nella migliore condizione possibile per il soddisfacimento della propria pretesa. Così, si afferma, da un lato, l'inderogabilità della norma che sancisce la corresponsabilità tra i due soggetti<sup>245</sup> e, dall'altro, la creazione di una solidarietà senza alcuna forma di preventiva richiesta o escussione del debitore originario (cioè: l'alienante)<sup>246</sup>. Se ciò è vero, deve allora considerarsi che la miglior tutela del creditore aziendale si realizza non già con una successione del rapporto giuridico passivo – ferma restando la possibilità di una

---

<sup>242</sup> Secondo G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 137 ss. l'abbandono della norma sarebbe la miglior prova che il nostro attuale sistema non prevede una successione *ex lege* nel debito.

<sup>243</sup> Tale soluzione pattizia è pacificamente ammessa: per tutti, G MARCHETTI, *Trasferimento d'azienda e accollo ex lege del cessionario*, cit., 185 s.

<sup>244</sup> La finezza linguistica è colta sempre da G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 139.

<sup>245</sup> Sul carattere inderogabile della norma si veda F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 214. G.U. TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., p. 53; d'altro canto, la dichiarazione liberatoria di cui al primo comma non va ad intaccare il profilo dell'esistenza del debito, ma si limita ad incidere sulla legittimazione passiva, trasformando l'obbligazione da plurisoggettiva a semplice: cfr. U. MINNECI, *Trasferimento di azienda e regime dei debiti*, cit., 134. Critico sul punto, G B. GRASSO, *Delegazione, espromissione e accollo*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER e F.D. BUSNELLI, Milano, 2011, p. 119, *sub* nota 194, per cui le parti potrebbero prevedere una clausola che esoneri il cessionario dal pagamento dei debiti aziendali, poiché risulterebbe difficilmente ammissibile che possa imporsi all'accollante un debito *ex lege* contro la sua volontà.

<sup>246</sup> Cfr. anche M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 246; G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 159, che parla di “perfetta identità di posizione fra alienante e acquirente per quanto riguarda i debiti risultanti dalle scritture contabili”, al punto che non si può parlare di sussidiarietà della responsabilità dell'acquirente o dell'obbligazione dell'alienante. *Contra*, P. RESCIGNO, *L'accollo ex lege*, cit., p. 270.

pattuizione in questo senso<sup>247</sup> –, ma piuttosto proprio attraverso la sola previsione della corresponsabilità di cedente e cessionario<sup>248</sup>.

Peraltro, si consideri che lo stesso art. 2560 c.c., oltre a tutelare la posizione del terzo, mira a salvaguardare anche l'interesse del cessionario dell'azienda: ciò si evince dal fatto che la responsabilità dell'acquirente viene limitata ai soli debiti risultanti dalle scritture contabili, di cui la giurisprudenza offre un'interpretazione piuttosto restrittiva e formalistica<sup>249</sup>; così, la norma si pone l'obiettivo di mettere al riparo anche il cessionario dal rischio che la cessione d'azienda si configuri come una “operazione aleatoria, in cui l'acquirente possa trovarsi a proprio carico passività ignote”<sup>250</sup>.

---

<sup>247</sup> Lo ricordano, tra gli altri F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 216; G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2013, p. 54 s., per cui esso è un profilo “liberamente disponibile fra le parti, salvi ovviamente i diritti che la legge assicura ai debitori”.

<sup>248</sup> Sul punto, U. MINNECI, *Trasferimento di azienda e regime dei debiti*, cit., p. 110 s., per il quale la norma salvaguarderebbe comunque gli interessi sia dei creditori in natura, sia di quelli in denaro, poiché per i primi sarebbe tutelato l'affidamento sull'idoneità tecnica dell'azienda a produrre i beni e o i servizi pretesi, mentre per i secondi l'affidamento sulla capacità di produrre reddito dell'azienda.

<sup>249</sup> Lo nota P.G. CASALI, *Il destino dei debiti nella cessione e nell'affitto d'azienda*, in *Società*, 2011, p. 1049 ss., p. 1050 s., per cui la giurisprudenza: a) ritiene che l'iscrizione nei libri contabili sia l'unico elemento possibile per affermare la responsabilità dell'acquirente, non potendosi far ricorso alla prova che egli era comunque a conoscenza del debito (cfr. Cass. 22.03.2018, n. 7166; Cass. 10.11.2010, n. 22831; Cass. 03.12.2009, n. 25043); b) afferma che i libri contabili di cui parla la norma sono solo quelli previsti dall'art. 2214 c.c. (Cass. 03.03.1994, n. 2108); c) afferma che l'inesistenza dei libri contabili per qualsiasi ragione preclude il regime di corresponsabilità del cessionario (Cass. 09.03.2006, n. 5123). Giustifica tale interpretazione restrittiva sulla base del fatto che “la responsabilità per debito altrui sia eccezionale e [...] pertanto i suoi limiti [devono] essere applicati in maniera particolarmente restrittiva”. F. MOSETTO, *Brevi note in tema di trasferimento d'azienda e responsabilità dell'acquirente per debiti*, cit., p. 2699. L'interpretazione restrittiva della norma è stata avallata anche dalle Sezioni Unite: cfr. Cass., sez. un., 28.02.2017, n. 5054, in *Giur. it.*, 2017, p. 2406 ss., con nota di L. BOGGIO, *Azienda – “sostanza” vs. “forma”: sopravvenienze passive aziendali e responsabilità ex lege*, seppur nelle pieghe della sentenza si legga che la protezione del cessionario non possa avere ragion d'essere quando vi sia una “carezza di un'effettiva alterità soggettiva delle parti titolari dell'azienda”, vale a dire “nelle ipotesi di trasformazione, anche eterogenea, della forma giuridica del soggetto”. Il caso dell'identità soggettiva tra cedente e cessionario, con esclusione dell'applicazione della limitazione di cui al secondo comma dell'art. 2560 c.c., è stato giudicato un “abuso del diritto” da parte di Trib. Reggio Emilia, 16.06.2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 374 ss., con nota di V. BRIZZOLARI, *Cessione d'azienda e limitazione della responsabilità del cessionario in danno del creditore: un nuovo caso di abuso del diritto?* Per una diversa ricostruzione, volta a sancire la responsabilità dell'acquirente quando il debito è da questi conosciuto, ma non inserito nei documenti contabili, cfr. M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 244. *Contra*, per un'interpretazione estensiva della norma, Cass. 10.12.2019, n. 32134, in *Società*, 2020, p. 682 ss., con nota di L. CASTELLI e C. BOSCO, *Il cessionario può rispondere dei debiti inerenti all'azienda ceduta, anche in assenza delle scritture contabili, alla luce delle complessive evidenze processuali*.

Peraltro, un'ulteriore limitazione si riscontra in materia tributaria, ove la Cassazione – pur con massime che ricalcano l'orientamento per cui i debiti aziendali “si trasferiscono” – afferma che il cessionario non può diventare corresponsabile anche per i debiti tributari che sono relativi ad elementi dell'azienda che non hanno formato oggetto di cessione. Sul punto, di recente, cfr. Cass. 24.06.2021, n. 18117.

<sup>250</sup> Ancora P.G. CASALI, *Il destino dei debiti nella cessione e nell'affitto d'azienda*, cit., p. 1051. Nello stesso senso M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 243. In giurisprudenza, Cass. 21.12.2012, n. 23828;

Dunque, se questa è la *ratio* (bipartita) dell'art. 2560 c.c., voler desumere dalla norma il trasferimento automatico dei rapporti passivi al cessionario porterebbe alla incongrua situazione di avere due regimi di responsabilità diversi – uno solidale per i debiti risultanti dalle scritture contabili, e uno unico (del cessionario) per quelli che dai libri obbligatori non risultano – finendo per privare di maggiori tutele sia il cessionario, sia il terzo creditore; e sconfessare, in ultima istanza, proprio gli scopi posti dalla norma: una impostazione contraria anche all'interesse generale alla circolazione dell'azienda, “che esige regole di responsabilità certe e di accertamento non eccessivamente gravoso”<sup>251</sup>.

Ciò detto, per quello che rileva ai nostri fini, occorre semplicemente sottolineare che la legge non si occupa di disciplinare la responsabilità del cessionario<sup>252</sup>, né un eventuale *beneficium ordinis* in favore del cedente o del cessionario<sup>253</sup>, così che è stato proposto che la posizione di questo soggetto dovrà essere uniformata a quella dell'accollante<sup>254</sup>.

L'opinione è corretta; e così, per esempio, l'acquirente dell'azienda: (i) sarà legittimato ad opporre al creditore le eccezioni inerenti alla cessione d'azienda stipulata con l'alienante; (ii) potrà opporre al creditore le eccezioni fondate sul rapporto di valuta; (iii) non potrà opporre al terzo eccezioni di natura personale che riguardavano l'alienante<sup>255</sup>.

---

App. Genova, 08.03.214, in *Società*, 2014, p. 999. Il tema è ampiamente trattato anche da G. MARCHETTI, *Trasferimento d'azienda e accollo ex lege del cessionario*, cit., p. 158 ss.

<sup>251</sup> F. MOSETTO, *Brevi note in tema di trasferimento d'azienda e responsabilità dell'acquirente per debiti*, cit., p. 2699.

<sup>252</sup> Efficacemente, viene definita come una responsabilità senza debito da F. FIMMANÒ, *La sorte dei debiti e dei contratti nella circolazione inversa dell'azienda*, cit., p. 116, per cui comunque l'alienante non potrebbe ripetere, neppure in parte, quanto pagato a favore del terzo creditore, poiché lo stesso alienante “ha adempiuto un'obbligazione discendente esclusivamente dal fatto proprio”.

<sup>253</sup> Per un ampio approfondimento sul tema, si rinvia a C. CACCAVALE, *L'accollo ex lege dei debiti relativi all'azienda*, cit., p. 530 ss., p. 537, in cui l'A. nota correttamente che un obbligo di escutere preventivamente l'alienante rischierebbe di tradursi in un esercizio inutile per il terzo creditore ove questi abbia interesse a conseguire una prestazione che può essere adempiuta solo dal cessionario (giacché, in ipotesi, si tratta di un debito in natura soddisfabile solo da cui che ha in gestione l'azienda). Cfr. anche G. MARCHETTI, *Trasferimento d'azienda e accollo ex lege del cessionario*, cit., p. 181, per cui il *beneficium ordinis* in favore dell'alienante sarebbe contrario alla logica di favorire il creditore aziendale se fosse stabilito in favore dell'alienante.

<sup>254</sup> Propone, tuttavia, alcune cautele G. MARCHETTI, *Trasferimento d'azienda e accollo ex lege del cessionario*, cit., p. 177 s.

<sup>255</sup> Per un approfondimento, U. MINNECI, *Trasferimento di azienda e regime dei debiti*, cit., p. 123 ss.

*Mutatis mutandis*, queste stesse eccezioni potranno essere sollevate anche dal cedente, nella retrocessione dell'azienda. Ma sul punto si tornerà nel terzo capitolo.

### 13. La posizione dei lavoratori nella cessione d'azienda. Cenni.

Il Codice civile, all'art. 2112 c.c., si occupa anche del mantenimento dei diritti dei lavoratori nel caso di trasferimento dell'azienda<sup>256</sup>. Come già anticipato, è la stessa norma a dettare – seppur limitatamente agli effetti di cui allo stesso articolo 2112 c.c. – la nozione di trasferimento d'azienda, dilatandone il confine applicativo oltre alla semplice ipotesi della cessione d'azienda, per ricomprendere ogni mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata. Anche questa norma sembra porsi nel solco già delineato, tale per cui la cessione dell'azienda corrisponde ad un fatto d'impresa.

La giurisprudenza concorda con questa interpretazione estensiva, precisando che la fattispecie del trasferimento prescinde dall'esistenza di un rapporto contrattuale, in quanto non assume rilievo il mezzo giuridico concretamente impiegato dalle parti, ma piuttosto il fatto che vi sia un nuovo imprenditore che diventa titolare del complesso produttivo<sup>257</sup>.

Da questo punto di vista, l'estensione operata dalla giurisprudenza prima, e dalla novella del 2003 poi, risponde alla fondamentale esigenza di garantire l'indifferenza della posizione del lavoratore rispetto alla modifica della titolarità imprenditoriale, apprestando una serie di garanzie dal carattere imperativo<sup>258</sup> – individuali e collettive – in suo favore che discendono direttamente dalla natura degli interessi coinvolti<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> In termini generali, G. VIRIDI, *Il trasferimento d'azienda: un istituto sempre in bilico tra libertà d'impresa (art. 41 Cost.) e diritto al lavoro (artt. 1 e 4 Cost.)*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 965 ss.

<sup>257</sup> Cfr., *ex multis*, App. Bari, 03.03.2021, n. 403; App. Roma, 26.11.2020, n. 2551; Trib. Roma, 23.06.2020, n. 3650; Trib. Milano, 09.07.2019, n. 1749; Cass. 17.07.2002, n. 10348; Cass. 04.01.2000, n. 23; Cass. 06.03.1998, n. 55. *Contra*, tuttavia, R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1993, il quale – anteriormente alla riforma operata dal d.lgs. 10.09.2003, n. 276 – riteneva che dovesse interpretarsi la lettera della norma secondo canoni più rigorosi, così da applicarla solo in occasione di un negozio traslativo del complesso aziendale, e dunque ai soli trasferimenti volontari.

<sup>258</sup> Lo conferma C. CARCHIO, *Persistenti dubbi interpretativi sulle nozioni di trasferimento e di azienda ex art. 2112 c.c.*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2465 ss., p. 2466.

<sup>259</sup> Sulla tutela dei lavoratori nell'ipotesi di trasferimento d'azienda, anche con riguardo all'evoluzione normativa che ha interessato l'Italia, cfr. R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel*

La norma sancisce sostanzialmente due previsioni: (i) da un lato, che in caso di trasferimento di azienda il rapporto di lavoro continua con il cessionario, e il lavoratore mantiene tutti i diritti che derivavano da tale contratto; (ii) dall'altro, che cedente e cessionario sono obbligati in solido per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento dell'azienda, ferma restando la possibilità in capo al lavoratore di liberare il cedente dalle obbligazioni pregresse.

Da questo punto di vista, è agevole intravedere un parallelismo con le norme generali dettate in materia di azienda, laddove la prima previsione si ispira all'art. 2558 c.c.<sup>260</sup>, mentre la seconda a quanto disposto dall'art. 2560 c.c.

Quanto alla prima, il sistema di protezione del lavoratore sancito dall'art. 2112 c.c. si incentra sul principio della prosecuzione del rapporto contrattuale, ma sembra che la norma possa anche essere letta sotto un altro profilo, e cioè come un'ulteriore segno della volontà del legislatore si salvaguardare anche l'attitudine produttiva del complesso aziendale a cui contribuisce la prestazione di lavoro offerta dal lavoratore<sup>261</sup>. In questo senso viene anche letto il divieto di licenziamento di cui al quarto comma dell'art. 2112 c.c., così da legare il prestatore di lavoro all'organizzazione imprenditoriale entro cui opera<sup>262</sup>.

In ogni caso, la norma – analogamente a quanto viene nell'art. 2558 c.c. – non dispone che il lavoratore ceduto debba prestare il proprio consenso per il trasferimento del proprio contratto di lavoro; e tuttavia, diversamente dalla previsione di parte

---

*trasferimento dell'azienda*, cit., p. 74 ss.; G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 154 s. Tra quelle di natura collettiva si può ricordare l'art. 47 della l. 428/90 che, in attuazione della direttiva 77/187/CE ha imposto la procedimentalizzazione del coinvolgimento delle parti sociali nella gestione dell'impresa, anche in occasione di vicende di trasferimenti di azienda, così da riflettere la dialettica tra gli interessi contrapposti del datore di lavoro alla libertà di iniziativa economica e dei lavoratori al mantenimento del proprio posto di lavoro. Per un approfondimento, A. RAFFI, *Le procedure sindacali nel trasferimento d'impresa*, in M. AIMO, D. IZZI (cur.), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Milano, 2014, p. 318 ss.

<sup>260</sup> Sul punto, L. RATTI, *Le garanzie per i lavoratori nelle vicende traslative dell'impresa*, in M. AIMO, D. IZZI (cur.), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Milano, 2014, p. 273 s.; C. CARCHIO, *Persistenti dubbi interpretativi sulle nozioni di trasferimento e di azienda ex art. 2112 c.c.*, cit., p. 2467.

<sup>261</sup> Cfr. M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro. I. Le modificazioni soggettive*, Milano, 1972, *passim*. Ancora, C. CARCHIO, *Persistenti dubbi interpretativi sulle nozioni di trasferimento e di azienda ex art. 2112 c.c.*, cit., p. 2467, per cui la norma compone “un difficile bilanciamento tra la garanzia lavoristica della stabilità occupazionale e la *ratio* commercialistica di tutela dell'interesse imprenditoriale”, confermando la concezione “della prestazione di lavoro quale strumento dell'attività aziendale”.

<sup>262</sup> Si veda M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Torino, 2013, p. 185.

generale sull'azienda, l'art. 2112 c.c. non menziona né il patto contrario tra cedente e cessionario, né prevede la possibilità di recesso entro i tre mesi dalla notizia del trasferimento dell'azienda.

Ma la ragione è chiara: il patto contrario tra cedente e cessionario si scontrerebbe frontalmente con la *ratio* di protezione dei lavoratori a cui la norma mira, mentre un'analoga previsione di recesso sarebbe del tutto superflua, e già ricompresa nella possibilità di dimissioni del lavoratore.

Per quanto riguarda il secondo comma dell'art. 2112 c.c., parte della dottrina – cercando di operare un parallelismo con le interpretazioni che prevedono il trasferimento dei debiti al cessionario – argomenta nel senso che per effetto della cessione di azienda si verificherebbe una vicenda successoria nel debito di lavoro, di modo che l'acquirente diventerebbe il debitore principale titolare del rapporto giuridico passivo, mentre l'alienante gli sarebbe affiancato solo nella veste di corresponsabile solidale<sup>263</sup>.

Tale tesi deve essere respinta, per le stesse motivazioni già esposte con riferimento alla (insussistente) successione nei debiti *ex art. 2560 c.c.*<sup>264</sup>.

Perciò, la norma non fa altro che far nascere un acollo *ex lege*, modificando da semplice a solidale le obbligazioni derivanti dai rapporti con i lavoratori, e sancendo una posizione di parità tra cedente e cessionario, tale per cui il lavoratore potrà rivolgersi tanto all'uno quanto all'altro per il pieno soddisfacimento dei propri crediti<sup>265</sup>.

Invero, rispetto alla norma generale sui debiti aziendali, l'art. 2112 c.c. sembra ampliare il contenuto della responsabilità solidale, poiché manca qualsiasi riferimento al fatto che la corresponsabilità dell'acquirente sorga solo per quei debiti che emergono dalle scritture contabili<sup>266</sup>; del pari, sempre nell'ottica di tutelare maggiormente la

---

<sup>263</sup> Il problema è ben chiarito da R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, cit., p. 176.

<sup>264</sup> D'altronde, come nota lo stesso R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, cit., p. 177, se la finalità perseguita dal legislatore è quella di rafforzare la tutela del credito di lavoro, apparirebbe "eccedente rispetto al fine ipotizzato la successione nel debito da parte dell'acquirente con contestuale estromissione dell'alienante".

<sup>265</sup> S. NAPPI, *Trasferimento d'azienda e trasformazione del datore di lavoro*, in *Quad. dir. lav.*, Milano, 2005, p. 61.

<sup>266</sup> Sul punto cfr. anche G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 154 s. In giurisprudenza, nel senso che la solidarietà si applica anche quando il debito non risulta dai libri contabili, cfr. Cass. 16.10.2013, n. 23533.



posizione del prestatore di lavoro, la disposizione è stata riformata nel senso di eliminare il requisito della effettiva conoscenza o conoscibilità del credito da parte dell'acquirente, circostanze che erano invece contemplate nella previgente formulazione<sup>267</sup>.

Peraltro, nel cercare di tratteggiare una linea di separazione tra l'art. 2112 e l'art. 2560 c.c. la giurisprudenza, a seguito delle modifiche apportate dalla l. 428/1990, è giunta ad affermare che la responsabilità solidale del cessionario per i crediti vantati dal lavoratore presuppone la vigenza del rapporto di lavoro al momento del trasferimento dell'azienda, mentre non potrebbe estendersi ai crediti maturati se il rapporto di lavoro è cessato anteriormente al trasferimento stesso, poiché in questo secondo caso opererebbe la generale responsabilità dell'acquirente ai sensi dell'art. 2560 c.c.<sup>268</sup>.

La tesi è stata criticata affermando che essa introdurrebbe una disparità di trattamento tra i lavoratori, ma sembra essere giustificata del fatto che mentre l'applicazione dell'art. 2112 c.c. deriverebbe dal fatto che il cessionario diventa titolare del rapporto di lavoro, e dunque si viene a creare un legame diretto con il lavoratore, nell'ipotesi in cui il rapporto di lavoro sia stato estinto precedentemente all'alienazione dell'azienda verrebbe meno qualsiasi responsabilità del nuovo titolare sulla base di questa norma poiché non sarebbe sorto alcun tipo di rapporto diretto tra il lavoratore e il cessionario stesso.

---

<sup>267</sup> R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, cit., p. 181. Così, sembra essere sufficiente la preesistenza del credito nel patrimonio del lavoratore per sancire la nascita del regime solidaristico tra cedente e cessionario.

<sup>268</sup> In questo senso Cass. 06.03.2015, n. 4598; Cass. 29.03.2010, n. 7517; Cass. 19.12.1997, n. 12899.

## CAPITOLO II

### LA CADUCAZIONE DEL CONTRATTO DI CESSIONE D'AZIENDA TRA DISCIPLINA DELL'INDEBITO E RETROATTIVITÀ DELLA PRONUNCIA

**SOMMARIO:** 1. Impostazione dell'indagine – 2. La restituzione dell'azienda. Premesse. – 3. La normativa di riferimento nel Codice civile e nella Legge fallimentare. – 4. Le fonti del fenomeno restitutorio nel Codice civile. – 5. Il sistema delle restituzioni negli ordinamenti europei. Modelli unitari e binari: un primo confronto. – 5.1. Il sistema francese. Il modello unitario. – 5.2. Il sistema tedesco. Il modello binario. – 5.3. I progetti europei: i Principi UNIDROIT e il *Draft Common Frame of Reference*. Cenni. – 6. La disciplina dell'indebito e il modello unitario in Italia. – 7. Restituzioni contrattuali e disciplina dell'indebito. Le criticità sul piano generale e la condizione di buona e mala fede. – 7.1. Restituzione d'azienda e disciplina dell'indebito. I profili di incompatibilità. – 8. Caducazione del contratto di cessione d'azienda, retroattività e restituzioni. – 9. Restituzioni e retroattività. Il problema dell'azienda. – 9.1. Invalidità, retroattività e restituzioni. – 9.2. Risoluzione, retroattività e restituzioni. – 10. La reciprocità delle obbligazioni restitutorie: tra *Contrat synallagmatique renversé* e *Saldotheorie*. – 11. Verso la restituzione dell'azienda. Rinvio.

#### *1. Impostazione dell'indagine.*

Delineato, in via generale, il fenomeno della cessione d'azienda quale evento circolatorio “di progresso”, occorre ora tratteggiare il percorso che si intenderà seguire nel presente elaborato per risolvere il problema della restituzione dell'azienda, per il quale mancano ricostruzioni di carattere sistematico.

I capitoli II e III saranno dedicati alla soluzione del problema concernente la restituzione dell'azienda quale conseguenza della domanda formulata dal cedente in occasione della caducazione del contratto di cessione, sia essa proposta unilateralmente, oppure in rapporto con quella (contestuale) del cessionario concernente la restituzione del prezzo pagato<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Si ricorda che il termine “caducazione” verrà utilizzato nell'accezione è che è stata indicata nell'introduzione del presente lavoro.

Costatata l'assenza di una disciplina specifica che possa governare in modo organico la retrocessione dell'azienda, il discorso in questo capitolo sarà principalmente affrontato sul piano generale, e secondo due direttrici.

Dapprima si cercherà di comprendere se le norme riguardanti la disciplina dell'indebito – che generalmente vengono adottate quale fonte delle conseguenze restitutorie derivanti dalla pronuncia di caducazione del contratto – possono essere applicate anche al fenomeno qui analizzato.

Anticipando solo in parte gli esiti a cui si perverrà a seguito dell'analisi di tale disciplina, si constaterà come essa appaia difficilmente coordinabile con gli interessi sottesi alle logiche delle restituzioni contrattuali e, in modo ancora più specifico, a quelli inerenti al tema qui in oggetto; senza contare che le norme sulla restituzione dell'indebito non forniscono alcun criterio utile per la soluzione dei problemi concernenti la restituzione dei rapporti pendenti (cioè: contratti, crediti e debiti), tema di primaria rilevanza nella restituzione dell'azienda.

Sempre all'interno del presente capitolo si affronterà il problema della portata retroattiva della pronuncia di caducazione contrattuale, per comprendere se la necessità di ripristinare lo *status quo ante* – predicato tanto nelle ipotesi di invalidità, quanto in quelle di risoluzione del contratto – costituisca un valore (ir)rinunciabile per l'ordinamento, oppure se esso possa scontare adeguamenti suggeriti dalla particolare natura dell'oggetto compravenduto qui analizzato.

In questo senso, saranno vagliate ipotesi ricostruttive – presenti in ordinamenti vicini a quello italiano – volte alla ricerca di meccanismi restitutori che tengano in considerazione la necessità di considerare un potenziale nesso sinallagmatico tra le opposte pretese restitutorie, quando una di esse (nel nostro caso: la restituzione dell'azienda) abbia subito modificazioni successive rispetto alla conclusione del contratto; come già detto, l'azienda costituisce un bene dinamico, e tale mutevolezza di valore dovrà essere tenuta in debita considerazione nel momento restitutorio.

Nel terzo capitolo saranno fornite indicazioni alternative rispetto a costruzioni fondate sulla disciplina dell'indebito, le quali, proprio partendo da questa intrinseca caratteristica dell'azienda, cerchino di risolvere il problema concernente la composizione del complesso produttivo che ritorna al cedente quando egli formuli in giudizio la domanda restitutoria. In questi termini, verranno analizzate le ipotesi

concernenti l'aumento o la diminuzione del valore dell'azienda a seguito della gestione operata *medio tempore* dal cessionario.

All'interno di questo schema, verrà riservata un'apposita trattazione al tema riguardante la sorte dei rapporti pendenti e, più in generale, dell'applicazione inversa di quelle norme (art. 2556 ss. c.c.) che costituiscono, come detto nel precedente capitolo, l'effetto naturale della circolazione dell'azienda.

Il quarto capitolo sarà invece volto ad accennare un tema ancor più specifico, e per certi versi peculiare: l'ipotesi in cui, pur di fronte la caducazione del contratto con cui l'azienda era originariamente circolata, il cedente non formuli una domanda restitutoria, lasciando il bene presso il cessionario.

## *2. La restituzione dell'azienda. Premesse.*

Quello della restituzione dell'azienda – pur essendo “un tema di notevole impatto economico”<sup>2</sup> – è scarsamente affrontato, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza. Per una pluralità di ragioni.

Da un lato, come si è dato atto nel precedente capitolo, gli studi sull'azienda sono incentrati sulla circolazione “di progresso”, cioè quella che attiene all'esecuzione fisiologica del contratto di cessione, usufrutto o affitto; non invece a quella “di regresso” riconducibile all'obbligazione restitutoria che nasce da situazioni patologiche di caducazione del contratto con cui era originariamente circolata la stessa azienda. Dall'altro, il tema della restituzione dell'azienda è trascurato all'interno delle più ampie trattazioni sulle restituzioni contrattuali, maggiormente improntate alla ricerca di fondamenti più generali, che prescindono dalle specificità del bene oggetto del contratto. Infine, nelle poche pronunce giurisprudenziali in materia, la questione viene trattata superficialmente come una naturale conseguenza della caducazione del negozio, giungendo a conclusioni di scarsa coerenza sistematica e discutibili sul piano degli interessi che coinvolgono le diverse parti in conflitto.

La giurisprudenza ricorre, in modo tratteggiato, al tema della ripetizione dell'indebito e all'applicazione delle regole di cui all'art. 2033 ss. c.c. anche per la

---

<sup>2</sup> M. MARTINO, *Risoluzione del contratto e retrocessione dell'azienda ceduta*, cit., p. 728.

restituzione dell'azienda all'originario proprietario<sup>3</sup>: ciò, se da un lato è coerente con l'impostazione che viene seguita per le restituzioni contrattuali, dall'altro lascia aperta la necessità di verificare la compatibilità dell'istituto, sia sul piano generale per gli effetti che comporta la caducazione del negozio, sia con riguardo al tema specifico che sarà qui trattato.

La complessità della materia che viene qui esaminata discende, in prima battuta, dalla intrinseca natura "dinamica" che viene attribuita all'azienda: al di là delle difficoltà – già palesate<sup>4</sup> – circa le ipotesi ricostruttive, è quasi superfluo sottolineare che l'insieme dei beni organizzati che costituisce l'oggetto della circolazione di progresso sarà diverso da quello che si presenta nella fase di regresso, nel momento della sua restituzione<sup>5</sup>.

Certamente, i problemi diminuirebbero se l'azienda rimanesse identica nella sua composizione a quella che era originariamente circolata; ma si tratta di un'ipotesi "che non si può verificare"<sup>6</sup>, e che spinge a domandarsi in quali termini si atteggi il diritto del proprietario alla restituzione del bene e quali effetti produca la diversa composizione assunta *medio tempore* dalla stessa azienda.

In altre parole, se l'azienda costituisce quell'insieme di beni (fino a ricomprensivi, secondo taluni, i rapporti giuridici)<sup>7</sup> funzionali agli scopi economici dell'impresa, è evidente che la sua composizione sarà la naturale conseguenza delle necessità e delle capacità gestorie del nuovo imprenditore: e ciò presenta inevitabili riflessi sull'obbligazione restitutoria<sup>8</sup>, specie allorché la gestione da parte di un altro titolare si sia protratta per lungo tempo<sup>9</sup>.

Ancor più complesso è il tema che coinvolge i rapporti giuridici facenti capo al cessionario al momento della retrocessione dell'azienda, e cioè i contratti, i crediti e i debiti assunti durante la sua gestione; anche in questo caso, l'adozione di regole volte al trasferimento e/o all'assunzione di responsabilità ha concreti riflessi sia

---

<sup>3</sup> Cfr., di recente, Trib. Milano 05.10.2016, n. 10850; Trib. Roma 12.10.2017, n. 19219.

<sup>4</sup> Si veda *supra*, Cap. I, § 3.

<sup>5</sup> In questo senso si veda uno dei pochissimi lavori sul tema: C. SCIUMÈ, *Restituzioni e cessione d'azienda*, in G. DE NOVA (cur.), *Le restituzioni contrattuali*, Padova, 2012, p. 293 ss.

<sup>6</sup> "Per il continuo ricambio nella consistenza" della stessa, come afferma F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 430.

<sup>7</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, § 2.1 e § 9.

<sup>8</sup> D'altronde, come osserva P. GRECO, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 170, "l'azienda, come complesso funzionante, subisc[e] nel tempo modificazioni e sostituzioni di elementi".

<sup>9</sup> Cfr. ancora C. SCIUMÈ, *Restituzioni e cessione d'azienda*, cit., p. 297.

sull'obbligazione restitutoria del cessionario, sia sulla posizione giuridica dei terzi contraenti.

Per quanto la retrocessione dell'azienda costituisca un "movimento deambulatorio di ritorno"<sup>10</sup> comunque riconducibile al più ampio *genus* del trasferimento dell'azienda di cui si è trattato nel precedente capitolo, essa non può prescindere da un'analisi specifica propria, che coniughi il tema della circolazione con quello delle restituzioni derivanti dalle patologie negoziali che si è inteso indagare nel presente lavoro: la nullità, l'annullamento e la risoluzione.

Al fine di delimitare il campo della presente indagine, si precisa che il tema qui affrontato diverge nettamente da quello che discende dalla restituzione dell'azienda dovuta alla cessazione di un contratto di affitto o di usufrutto (per nullità, risoluzione, scadenza del termine, ecc.).

In queste ipotesi, la gestione efficiente dell'azienda risponde ad una precisa obbligazione del soggetto che ottiene in godimento il complesso dei beni, dettata proprio in virtù della temporaneità del dovere di custodia, e nell'ottica della continuazione dell'attività aziendale che non deve subire cesure. Lo esplicita chiaramente l'art. 2561 c.c. (applicabile anche all'affitto in virtù del richiamo effettuato dal successivo articolo), che richiama l'art. 1015 c.c. in materia di abusi dell'usufruttuario. Così, nel caso dell'usufrutto o dell'affitto, il problema riguardante la composizione dell'azienda che si restituisce è un tema al più ascrivibile all'inadempimento rispetto a queste obbligazioni, mentre non sarebbe propriamente inquadrabile nel tema delle restituzioni contrattuali<sup>11</sup>.

In altre parole, il diverso atteggiamento dei due contratti – per cui solo quello di affitto (o usufrutto) contempla un'obbligazione gestoria in capo al cessionario, mentre nella compravendita, come noto, il cessionario può disporre a proprio piacimento del bene (e financo distruggerlo o abbandonarlo) – porta con sé conseguenze diverse, che tuttavia – come si vedrà – a certe condizioni potranno subire allineamenti.

---

<sup>10</sup> L'espressione è di A. PATTI, *L'affitto dell'azienda*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2007, p. 1088 ss., p. 1095.

<sup>11</sup> M. MARTINO, *Risoluzione del contratto e retrocessione dell'azienda ceduta*, cit., p. 726, per cui l'art. 2561 c.c. contempla l'ipotesi della retrocessione del compendio aziendale "nel quadro fisiologico [dell'] esplicitarsi dell'operazione economica" voluta dalle parti.

### 3. La normativa di riferimento nel Codice civile e nella Legge fallimentare.

Al di là di qualche sporadica indicazione, la legge non disciplina la restituzione dell'azienda; qualche dato testuale si può però rinvenire all'interno del Codice civile.

L'art. 2561, comma 4, c.c., dettato in tema di usufrutto (e affitto)<sup>12</sup> d'azienda sancisce che la differenza tra la consistenza d'inventario all'inizio e al termine dell'usufrutto è regolata in denaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'usufrutto. Apparentemente si tratta di una regola pragmatica, che conferma il carattere dinamico – quasi “liquido” – dell'azienda, e risponde a quella logica di continuità dell'attività industriale che, come detto<sup>13</sup>, ispira le regole sulla circolazione di progresso del compendio aziendale<sup>14</sup>.

La disposizione pone tuttavia un problema più profondo, o pregiudiziale<sup>15</sup>, che riguarda i beni che tornano nella disponibilità del proprietario al termine dell'usufrutto<sup>16</sup>: se da un lato sembra pacifico che con riferimento a quei beni che facevano già parte dell'originario compendio (su cui si era costituito il diritto di usufrutto) si riespanda il diritto di proprietà dell'originario titolare<sup>17</sup>, non è chiaro che cosa accada per quei beni che sono stati acquistati dall'usufruttuario durante la sua gestione (es. il rinnovamento delle scorte, l'installazione di un nuovo macchinario ecc.)<sup>18</sup>. Viene lasciato così all'interprete il compito di vagliare le possibili soluzioni.

Il Codice civile non detta invece alcuna norma per il tema della retrocessione dei rapporti giuridici pendenti (contratti, crediti e debiti) al momento della restituzione dell'azienda, sia essa derivante dalla caducazione di un contratto di compravendita, di usufrutto o di affitto. A ben vedere, le uniche disposizioni che disciplinano, in tutto l'ordinamento, gli effetti della retrocessione dell'azienda sono contenute nella legge

---

<sup>12</sup> In virtù del richiamo operato dal successivo art. 2562 c.c.

<sup>13</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, § 5.

<sup>14</sup> In questo senso si veda. L. QUATTROCCHIO, *La cessazione del contratto di affitto d'azienda*, in *I Contratti*, 2002, p. 943 ss., p. 947; G. COTTINO, *L'imprenditore. Diritto commerciale*, vol. I, 1, Padova, 2000, p. 258, per cui la norma impedisce la paralisi dell'azienda al momento della sua retrocessione, così salvaguardando e potenziando l'organizzazione aziendale.

<sup>15</sup> Come correttamente afferma G.E. COLOMBO, *Usufrutto ed affitto dell'azienda*, cit., p. 268.

<sup>16</sup> Cioè quando “l'azienda torna nelle mani del proprietario”, come suggerisce F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 416.

<sup>17</sup> In sostanza è “la proprietà dell'azienda [che] si espande nuovamente, riassumendo il contenuto primitivo”: cfr. ancora F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 416.

<sup>18</sup> Sul tema prenderemo posizione nel successivo capitolo, spec. § 2 e § 8 ss.

fallimentare<sup>19</sup>; esse sono state integralmente replicate nel Codice della crisi e dell'insolvenza<sup>20</sup>.

L'art. 104-*bis* l. fall.<sup>21</sup>, riformato nel 2006 alla luce di una sperimentata prassi applicativa<sup>22</sup>, ha introdotto nell'ordinamento la figura speciale dell'affitto d'azienda endoconcorsuale, concedendo al Curatore di proporre al Giudice Delegato, previo parere favorevole del Comitato dei creditori, la possibilità che l'azienda (o un ramo di essa) sia affittata a terzi, quando ciò appaia utile al fine di una valorizzazione del comparto nell'ottica di una vendita futura<sup>23</sup>.

Il comma sesto dell'art. 104-*bis* l. fall. fornisce una duplice indicazione con riferimento alla restituzione dell'azienda affittata in costanza di fallimento:

(i) da un lato sancisce che la retrocessione dell'azienda (o di un ramo d'azienda) al fallimento non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione stessa, in deroga a quanto previsto dagli artt. 2112 e 2560 c.c.<sup>24</sup>;

(ii) dall'altro, afferma che ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del capo III del titolo II della stessa legge fallimentare; il richiamo è, in particolare, all'art. 72, per cui al Curatore vengono attribuiti i medesimi poteri di cui disponeva al momento della dichiarazione di fallimento: la scelta di proseguire o di sciogliere il contratto<sup>25</sup>.

Con riguardo alla prima parte della disposizione, è stato correttamente osservato che il sesto comma dell'art. 104-*bis* l. fall. rappresenta certamente una deroga all'art.

---

<sup>19</sup> Per la nozione di “rapporto pendente” in seno alle procedure concorsuali si veda A. DIMUNDO, *Struttura e funzione dei contratti pendenti nelle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2018, p. 1085 ss.

<sup>20</sup> D. lgs. 12.01.2019, n. 14. Non essendo ancora entrato in vigore il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, nel presente elaborato si utilizzeranno ancora i riferimenti alla legge fallimentare attualmente vigente (R.D. 16 marzo 1942, n. 267).

<sup>21</sup> A cui corrisponde – fatta salva per la diversa dicitura “liquidazione giudiziale” al posto di “fallimento” – l'art. 212, comma 6, del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

<sup>22</sup> Per un approfondimento, si veda F. FIMMANÒ, *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2007, p. 437 ss. ed ivi altri riferimenti.

<sup>23</sup> Sulla finalità della gestione temporanea dell'azienda, si vedano A. PATTI, *L'affitto dell'azienda*, cit., 1088 ss.; P. STELLA MONFREDINI, *Il contratto di affitto di azienda nelle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2017, 481 ss., 485.

<sup>24</sup> Dunque la norma esclude la responsabilità solidale del fallimento cui viene retrocessa l'azienda per tutti i debiti: cfr. G. BOZZA, *I rapporti pendenti nelle procedure concorsuali. L'affitto di azienda*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2018, p. 1135 ss., p. 1145.

<sup>25</sup> Corrispondente alla sezione V del capo I del titolo V del CCI; in particolare alla formulazione dell'art. 172.



2112 c.c.<sup>26</sup>, mentre sarebbe del tutto improprio il richiamo all'art. 2560 c.c.<sup>27</sup>: quest'ultima norma sarebbe infatti inapplicabile per le ipotesi di godimento temporaneo dell'azienda, stante il mancante richiamo, nel medesimo art. 2560 c.c., all'istituto dell'affitto<sup>28</sup>. Ne deriverebbe che se già l'art. 2560 c.c. impedisce nella circolazione "di progresso" dell'azienda la responsabilità dell'affittuario per i debiti inerenti all'azienda e facenti capo all'affittante, analogamente tale principio dovrebbe valere nel caso di circolazione "di regresso" quando l'azienda ritorna all'originale proprietario-concedente per i debiti assunti dall'affittuario, per i quali l'affittante non avrà alcun tipo di obbligo.

E ciò – *a fortiori* – in situazioni che attengono ad una procedura concorsuale.

Quanto alla seconda parte della disposizione, la norma non specifica se il principio espresso valga per i rapporti pendenti già presenti al momento dell'affitto, poi proseguiti dall'affittuario e ancora non totalmente eseguiti al momento della retrocessione dell'azienda, oppure per i contratti stipulati *ex novo* dall'affittuario. Stante il silenzio sul punto, parte della dottrina ha preferito il riferimento ad entrambe le ipotesi<sup>29</sup>, ma è stato anche osservato che la proposta di concedere in affitto l'azienda consumerebbe il potere del curatore *ex art. 72 l. fall.*, con la conseguente stabilizzazione in capo al fallimento prima, e all'affittuario poi, dei rapporti pendenti<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Correttamente, infatti, viene impedito l'accollo dei debiti lavorativi contratti dall'affittuario, che altrimenti si sarebbe applicato in virtù della formula estensiva contenuta nel quinto comma dell'art. 2112 c.c.; ciò, tuttavia, non impedisce la continuazione del rapporto di lavoro eventualmente creato *ex novo* dall'affittuario, in quanto il mantenimento del posto di lavoro "ha una natura pubblicistica e tende a prevalere sull'interesse, anch'esso pubblicistico, dei creditori", come afferma F. FIMMANÒ, *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, cit., p. 462.

<sup>27</sup> Deve osservarsi, tuttavia, che il legislatore ha mantenuto il richiamo all'art. 2560 c.c. anche nell'art. 212, comma 6, del CCI.

<sup>28</sup> Si tratta di una posizione ampiamente condivisa in dottrina: cfr. E. PAGANI, *Retrocessione al fallimento dell'azienda affittata e responsabilità della procedura per i debiti maturati*, in *Società*, 2018, p. 152; F. MARTORANO, *La circolazione «di ritorno» dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010, p. 1 ss., p. 7; F. LICONTI, *L'affitto della azienda del fallito*, in G. SCHIANO DI PEPE (cur.), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, p. 441; A. PATTI, *L'affitto dell'azienda*, cit., p. 1092 s. Cfr. anche Cass. 08.05.1981, n. 3027, per cui "la cessazione dell'affitto d'azienda e la sua restituzione al proprietario-concedente non comportano a carico di quest'ultimo [...] la responsabilità, *ex art. 2560 c.c.*, per i debiti contratti dall'affittuario, non essendo siffatta ipotesi riconducibile ad alcuna delle vicende traslative in relazione alle quali la norma è stata posta".

<sup>29</sup> Cfr. F. FIMMANÒ, *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, cit., p. 460 s.; A. PATTI, *L'affitto dell'azienda*, cit., p. 1095; G. BOZZA, *I rapporti pendenti nelle procedure concorsuali. L'affitto di azienda*, cit., p. 1146.

<sup>30</sup> Sono di questo avviso F. MARTORANO, *La circolazione "di ritorno" dell'azienda nell'affitto fallimentare*, cit., p. 7; P. LICCARDO, *Fallimento e metodologie di acquisizione dell'azienda affittata*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1997, p. 661 ss.

Il legislatore fallimentare si è preoccupato, con tutta evidenza, di disciplinare gli effetti che la retrocessione al fallimento dell'azienda affittata comporta per una semplice ragione: evitare che la scelta dell'affitto – e la conseguente gestione sotto un nuovo titolare – finisca per aggravare il passivo fallimentare e pregiudicare la procedura, impedendo che quest'ultima finisca per rispondere anche dei debiti assunti dall'affittuario. Se questa è la *ratio*, pare opportuno ritenere che i rapporti pendenti di cui tratta la seconda parte dell'art. 104-bis, comma 6, l. fall. si riferiscano tanto ai contratti già presenti *ab origine* in capo al fallito, quanto a quelli conclusi dall'affittuario durante la vigenza del contratto<sup>31</sup>; ragionando diversamente, si dovrebbe imporre al curatore di decidere se subentrare o sciogliere i contratti che giudica pendenti *ex art. 72 l. fall.* e, solo successivamente, optare per la proposta di affitto d'azienda endofallimentare<sup>32</sup>.

Al netto di queste poche disposizioni, che appaiono frammentate e ad una prima approssimazione settoriali, la legge non fornisce ulteriori indicazioni; né dispone alcuna regola che sia applicabile all'ipotesi di restituzione dell'azienda in conseguenza della caducazione del contratto di compravendita con cui era inizialmente circolata, con ciò sollevando il problema dell'applicazione analogica delle norme appena menzionate per l'affitto e l'usufrutto.

#### 4. Le fonti del fenomeno restitutorio nel Codice civile.

Occorre partire da un piano più generale. Nel Codice civile – e, in particolare, nella parte dedicata al contratto in generale – manca una regolamentazione organica delle restituzioni che scaturiscono da un contratto nato o divenuto inefficace<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Si tratta, peraltro, di interpretare solo estensivamente la norma, come afferma G. BOZZA, *I rapporti pendenti nelle procedure concorsuali. L'affitto di azienda*, cit., p. 1146; in questo senso, tra le pronunce di merito, cfr. Trib. Milano, 05.05.2015; Trib. Monza, 19.11.2013; Trib. Firenze, 30.05.2011.

<sup>32</sup> L'interpretazione contraria parrebbe irragionevole anche per un'ulteriore (semplice) considerazione: e cioè che i contratti su cui il curatore avrebbe il potere di scelta *ex art. 72 l. fall.* sono anche gli stessi contratti che servono al funzionamento dell'azienda: cfr. in questo senso, cfr. A. PATTI, *L'affitto dell'azienda*, cit., p. 1095; C.M. RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973, p. 122.

<sup>33</sup> Con questa constatazione comincia il saggio di E. BARGELLI, “*Sinallagma rovesciato*” e *ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 87.

Indicazioni più precise si rinvengono nella parte del Codice dedicata ai singoli contratti, benchè tali norme siano l'espressione di obbligazioni direttamente scaturenti dal negozio e non – salvo rare ipotesi – le conseguenze che si impongono di fronte alla pronuncia di nullità, annullamento o di risoluzione del contratto: al di là di qualche richiamo alla restituzione del bene come obbligazione che incombe su una parte al momento della cessazione del contratto (per esempio, in materia di locazione: art. 1590 c.c.)<sup>34</sup>, norme dedicate alla restituzione della cosa compravenduta si rinvengono negli artt. 1492 e 1493 c.c. e, quanto alla vendita di cose mobili, nell'art. 1519 c.c.; norme specifiche sono dettate anche per il contratto di riporto e per quello estimatorio<sup>35</sup>. Nell'appalto sono regolate, agli artt. 1671 e 1672 c.c., le conseguenze del recesso del committente; l'art. 1774 c.c. disciplina le modalità di restituzione della *res* nel contratto di deposito, mentre l'art. 1809 c.c. nel comodato. Regole speciali si rinvengono anche per il contratto di lavoro<sup>36</sup> e per la donazione<sup>37</sup>.

Queste norme tratteggiano discipline di natura diversa, influenzate dal tipo contrattuale, dalle quali non è possibile trarre indicazioni uniformi<sup>38</sup>.

Nella parte generale sul contratto, sono presenti due norme che hanno rappresentato – come vedremo *infra* – il perno sul quale l'ordinamento italiano ha fondato la disciplina dell'intero fenomeno.

L'art. 1422 c.c. si occupa apparentemente di una regola estranea al tema qui indagato, ma nel disporre l'imprescrittibilità dell'azione di nullità, sancisce che l'azione di ripetizione rimane comunque soggette al termine di prescrizione ordinario (dieci anni).

La stessa disciplina dell'indebito è poi richiamata dall'art. 1463 c.c. in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, in cui viene dettata la regola per cui, risolto il contratto, la parte liberata dall'esecuzione della propria

---

<sup>34</sup> O anche in tema di affitto di fondi rustici (art. 1645 c.c.), in cui è disciplinata la restituzione del bestiame.

<sup>35</sup> Rispettivamente l'art. 1551 e l'art. 1557 c.c.

<sup>36</sup> L'art. 2126 c.c. disciplina gli effetti della dichiarazione di nullità o di annullamento del contratto di lavoro, sancendo da un lato che l'invalidità non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione (a meno che essa non derivi da illiceità della causa o dell'oggetto) e, dall'altro, che il lavoratore mantiene in ogni caso il diritto alla retribuzione se il lavoro è stato prestazione in violazione di norme poste a tutela del lavoratore stesso.

<sup>37</sup> L'art. 807 c.c. si occupa della restituzione della cosa donata a seguito di revocazione per sopravvenienza di figli o ingratitudine.

<sup>38</sup> Lo conferma G. DE NOVA, *Il contratto e le restituzioni*, cit., p. 4, che parla di una "disciplina variegata [...] diversa per ciascun tipo di contratto".

obbligazione deve comunque restituire quella ricevuta “secondo le norme relative alla ripetizione dell’indebitito”.

È dunque proprio dalla disciplina dell’indebitito (artt. 2033 ss. c.c.) che bisogna partire.

##### *5. Il sistema delle restituzioni negli ordinamenti europei. Modelli unitari e binari: un primo confronto.*

Prima di procedere con l’analisi della disciplina delle restituzioni nell’ordinamento italiano, può essere utile una breve premessa di diritto comparato che coinvolga le altre tradizioni di *civil law*<sup>39</sup>, dalle quale si trarranno considerazioni di massima che saranno riprese successivamente.

Storicamente, sia all’interno degli ordinamenti di derivazione francese, sia all’interno di quelli riconducibili all’influenza germanica, le restituzioni di una prestazione effettuata sulla base di un contratto (nato o divenuto) inefficace venivano ricondotte alla categoria del pagamento non dovuto<sup>40</sup>, e la domanda restitutoria si inquadrava al di fuori dell’ambito contrattuale, all’interno dei “quasi contratti”<sup>41</sup>: una categoria che, per quanto ormai priva di agganci testuali, è ancora impiegata per descrivere i fenomeni della gestione di affari altrui, del pagamento dell’indebitito e dell’arricchimento senza causa<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> A questo tema è stato dedicato il seminario ARISTEC per Berthold Kupisch tenutosi a Roma il 20-22 giugno 2002, i cui lavori sono confluiti in L. VACCA (cur.), *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, Torino, 2006.

<sup>40</sup> Così E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, p. 46 s.

<sup>41</sup> Si tratta di una categoria usata nel codice civile francese precedentemente in vigore (al capitolo I del Titolo IV del Libro Terzo, deonominato “*Des quasi-contrats*”), confermato sia nell’*Avant-project de réforme du droit des obligations e du droit de la prescription* (noto anche come *Project Catala*) (2005), sia nel *Project de réforme du droit des obligations de la chancellerie* (2008), ma non più riproposta nell’odierna formulazione del Codice francese, che è stato definitivamente modificato a seguito dell’Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit de contrats, du régime général et de la preuve des obligations, oggetto di ratifica con la *Loi n. 2018-287 du 10 avril 2018*. Tale categoria è conosciuta anche nel *Codigo Civil* spagnolo (*De los cuasi contractos* – artt. 1887 ss.) ed era presente anche nel Codice italiano del 1865 (artt. 1140 ss.); non adoperata invece nel Codice italiano del 1942, nei codici di derivazione germanica, e nei progetti europei.

<sup>42</sup> Per un’analisi, anche storica, della categoria si rimanda a G. PACCHIONI, *I quasi contratti e l’azione di arricchimento. Lezioni di diritto civile*, Padova, 1935; P. TRIMARCHI, *L’arricchimento senza causa*, Milano, 1962; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 2008; ID., *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da R. SACCO, Torino, 1997, spec. p. 42 ss.; ID., *L’arricchimento*

Oltre al caso spagnolo, in cui sono previste regole specificatamente rivolte a disciplinare le conseguenze restitutorie in base al meccanismo di caducazione del contratto attivato<sup>43</sup>, gli ordinamenti francese e tedesco hanno sempre attribuito una generale rilevanza alla disciplina del pagamento non dovuto<sup>44</sup>, che si è ritagliato uno spazio di autonomia rispetto alla fonte del rapporto contrattuale<sup>45</sup>.

Le soluzioni adottate in Francia e in Germania divergono tuttavia per aspetti fondamentali.

### 5.1. Il sistema francese. Il modello unitario.

L'ordinamento francese – a cui si è ispirato quello italiano – ha da sempre adottato un modello unitario, che opera secondo due direttrici: (i) da un lato ricava la disciplina delle restituzioni contrattuali attingendo dalla disciplina dell'indebito; (ii) dall'altro applica tale disciplina ad ogni ipotesi di patologia contrattuale, quale che sia la causa – originaria o sopravvenuta – che ha portato alla caducazione del negozio<sup>46</sup>.

Le insofferenze mostrate dalla dottrina francese rispetto all'istituto dell'*indu*<sup>47</sup>, fatte proprie anche dalla Corte di cassazione di Parigi<sup>48</sup>, avevano acceso il dibattito sui progetti di riforma del *Code Napoléon*, che hanno dedicato una parte alla disciplina delle restituzioni contrattuali.

---

senza causa, Padova, 1990; ID., *L'arricchimento senza causa*, in *Codice civile. Commentario* diretto da P. SCHLESINGER e F.D. BUSNELLI, Milano, 2003.

<sup>43</sup> Si rimanda a E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 50, per un approfondimento.

<sup>44</sup> E anzi, si ha l'impressione, proprio dall'analisi comparata con la Francia e la Germania, "che la materia delle restituzioni derivanti dalla dissoluzione della fonte contrattuale in nessun caso abbia ricevuto una sistemazione organica e pienamente soddisfacente", al punto che le prospettive di riforma dei codici nazionali dedicavano ampia trattazione al tema delle restituzioni contrattuali: cfr. ancora E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 51 s.

<sup>45</sup> Cfr. E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, cit., p. 450.

<sup>46</sup> E infatti, come osserva J. BEAUCHARD, *Les restitutions après la résolution du contrat*, in L. VACCA (cur.), *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, cit., p. 124, riferendosi all'azione di nullità e all'azione di risoluzione "les restitutions sont globalement traitées de la même manière dans les deux situations".

<sup>47</sup> Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a P. GALLO, *I rimedi restitutori nel diritto comparato*, cit., p. 236.

<sup>48</sup> Court de Cassation, Chambre civile I, 24 septembre 2002, n. 00-21278, rinvenibile in *Defrénois*, 2003, p. 185, in cui si è affermato – con un vero e proprio *revirement* – che per le restituzioni derivanti dalla caducazione di un contratto non devono applicarsi le norme sulla ripetizione dell'indebito, poiché le restituzioni sono una diretta conseguenza del rimedio contrattuale esercitato nel concreto.

In particolare, la proposta di riforma elaborata dal gruppo Catala nel 2005<sup>49</sup>, constatato che dalla pluralità di disposizioni dedicate ai profili restitutori contenute nel *Code civil* non fosse possibile trarre indicatori univoci per fondare una disciplina generale da applicare agli effetti derivanti dall'annientamento del contratto, e che fosse necessario operare un coordinamento con lo specifico rimedio contrattuale azionato, è giunta a delineare l'inserimento di una sezione dedicata alle “*restitutions après anéantissement du contrat*” (artt. 1161-1164.7).

Da qui sono state indirizzate proposte sulla base di due considerazioni di fondo: (i) che le restituzioni dovessero essere integrali<sup>50</sup>; (ii) che ci fosse un carattere di reciprocità delle restituzioni ove il contratto fosse stato eseguito da entrambe le parti<sup>51</sup>. Ciò significava attribuire al rimedio restitutorio una caratteristica “*strictement objectif*”, che non lasciasse alle parti lo spazio per proporre domande aventi per oggetto danni o interessi<sup>52</sup>, e che quindi potesse epurarsi da ogni indagine circa la buona o la mala fede delle parti.

Le innovative idee del progetto Catala<sup>53</sup>, frutto di una elaborata ricerca dottrinale condotta a partire dagli anni novanta del secolo scorso<sup>54</sup>, sono state accantonate nel successivo progetto Terrè del 2008 – tornato ad un'impostazione più tradizionale, fondata sulla disciplina della *répétition de l'indu*<sup>55</sup> –, e del tutto ignorate dalla riforma<sup>56</sup>

---

<sup>49</sup> Rinvenibile al seguente sito internet:

<https://www.viepublique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/054000622.pdf>

<sup>50</sup> Cfr. Y.-M. SERINET, *Restitutions après anéantissement du contrat*, in *L'avant-projet Catala, Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005*, p. 55 ss., p. 57, che osserva come in virtù della clausola dell'integralità «*chacun ne doit recevoir ni plus ni moins que ce qu'il avait fourni*».

<sup>51</sup> Sempre Y.-M. SERINET, *Restitutions après anéantissement du contrat*, cit., p. 57. Su questo preciso aspetto si tornerà anche *infra* nel presente capitolo, al § 5 ss.

<sup>52</sup> Cfr. L. GUERRINI, *Rimedi contrattuali e restituzioni nel novellato Code Civil: una deludente restaurazione*, in *Riv. dir. civ.*, p. 646 ss., p.650, che specifica come tali domande costituiranno oggetto del risarcimento, e non delle restituzioni.

<sup>53</sup> Cfr. in particolare quanto affermato da C. AUBERT DE VINCELLES, *La résolution du contrat pour inexécution*, in F. TERRE (cur.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, 2009, p. 277.

<sup>54</sup> Si vedano i lavori di M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, Paris, 1991 e di C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, 1992. I risultati a cui è giunto il progetto Catala sono stati raccolti anche nei *Principes contractuels communs* formulati dall'Association *Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française e dalla Société de Législation Comparée* del 2008.

<sup>55</sup> Invero, senza fornire alcuna disciplina organica, il progetto si limita ad affermare, nella sezione che disciplina la nullità del contratto, che “*les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions du titre relative aux restitutions*”; nella sezione che disciplina la risoluzione che “*les restitutions sont soumises aux règles relatives à la répétition de l'indu*”.

<sup>56</sup> O “controriforma”, come definita da L. GUERRINI, *Rimedi contrattuali e restituzioni nel novellato Code Civil: una deludente restaurazione*, cit., p. 657.

del 2016-2018, che ha dedicato una sezione specifica alle *Restitutions* (dall'art. 1352 all'art.1352-9<sup>57</sup>), espressamente richiamate dall'art. 1187, che fornisce la nozione di *caducité* del contratto<sup>58</sup>.

Tale sezione ha infatti mantenuto la fondamentale distinzione tra *bonne ou mauvaise foi* del soggetto *accipiens* come perno attorno a cui ruota l'obbligazione restitutoria, sia con riferimento all'*an*, sia con riferimento al *quantum*. In perfetta continuità con la disciplina previgente, l'elemento soggettivo dell'*accipiens* rileva: (i) relativamente all'oggetto della prestazione da restituire quando si sono verificate *dégradations et détériorations* (art. 1352-1)<sup>59</sup>; (ii) nella determinazione della prestazione da restituire nell'ipotesi di alienazione della prestazione (art. 1352-2)<sup>60</sup>; (iii) per gli accessori del diritto di credito (art. 1352-7)<sup>61</sup>.

La dottrina francese – similmente a quella italiana<sup>62</sup> – ha già avuto modo di rilevare che lo stato soggettivo dell'*accipiens* non è idoneo ad adeguare le restituzioni al rimedio contrattuale azionato, poiché, salvo rare ipotesi, non si può individuare tale condizione al momento della conclusione del contratto<sup>63</sup>.

Ciò che il legislatore della riforma francese non ha considerato è che il giudizio di buona e di mala fede nella *répétition de l'indu* svolge “una funzione di rottura dell'equilibrio restitutorio con cui la legge dimostra di voler assumere un atteggiamento non neutrale”<sup>64</sup>, che determina l'insorgenza dell'obbligazione restitutoria che si fonda sullo stato soggettivo dell'*accipiens*, ora proteggendolo (se in buona fede), ora sanzionandolo (se in mala fede).

---

<sup>57</sup> Tale sezione è espressamente richiamata dall'art. 1178 Code civil dettato in tema di nullità, che dispone che “*Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9*” e dall'art. 1229 Code civil dettato per la risoluzione, per cui “*Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9*”.

<sup>58</sup> Art. 1187 Code Civile : «*La caducité met fin au contrat. Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9*».

<sup>59</sup> Art. 1352-1: «*Celui qui restitue la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur, à moins qu'il ne soit de bonne foi et que celles-ci ne soient pas dues à sa faute*».

<sup>60</sup> Art. 1352-2 : «*Celui qui l'ayant reçue de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente. S'il l'a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix*».

<sup>61</sup> Art. 1352-7: «*Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande*».

<sup>62</sup> Cfr. *infra*, § 7.

<sup>63</sup> Cfr. V. FORTI, *La mauvaise foi survenue du débiteur des restitutions (observations comparatives sous les articles 1352-2 et 1357-7 du Code civil)*, in *Revue des contrats*, 2018, p. 118 ss.

<sup>64</sup> Così, L. GUERRINI, *Rimedi contrattuali e restituzioni nel novellato Code Civil: una deludente restaurazione*, cit., p. 661.

In altre parole, il meccanismo delle restituzioni che emerge dal novellato Codice civile francese è un sistema che mantiene una stretta correlazione con il giudizio di responsabilità, poiché modula il valore di un'obbligazione che dovrebbe essere di per sé neutra – quale, appunto, quella restitutoria – in base al grado di responsabilità che si deduce dalla *bonne ou mauvaise foi* delle parti.

E ciò non può che scontrarsi con quell'esigenza, già condivisa dalla dottrina d'oltralpe, per cui le regole concernenti la restituzione avrebbero dovuto predisporre all'interno di una disciplina neutra, che mirasse a reintegrare la situazione di fatto imposta dall'operare della regola della retroattività<sup>65</sup>.

## 5.2. Il sistema tedesco. Il modello binario.

Il sistema binario accolto in Germania differenzia il meccanismo restitutorio che discende dalla dichiarazione di nullità e di annullamento di un contratto da quello che deriva dalla pronuncia di risoluzione<sup>66</sup>.

Le origini concettuali di questa bipartizione risalgono a inizio XIX secolo e al diverso modo di concepire il fenomeno risolutorio, che in ambiente tedesco veniva già identificato come un meccanismo di trasformazione del rapporto negoziale (e non come ipotesi di mera cancellazione *ex tunc* del contratto)<sup>67</sup>.

Così, il BGB articola su due diverse direttrici gli obblighi restitutori: una disciplina generale, applicata nell'ipotesi di invalidità del contratto, che viene dettata in materia di arricchimento senza causa (*Ungerechtfertigte Bereicherungsrecht*, § 812 ss. BGB) e una più circoscritta, che viene prevista per la risoluzione del contratto

---

<sup>65</sup> Sul punto, J.-L. AUBERT, *Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat: quel régime juridique?*, in Defrénois, 2003, p. 191.

<sup>66</sup> E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 426.

<sup>67</sup> Il riferimento è al lavoro di H. STOLL, *Die Wirkungen des vertragsmäßigen Rücktritts*, Bonn, 1921; sul punto si tornerà *infra*, § 9 ss. Tale impostazione è rimasta anche dopo la riforma dello *Schuldrecht* del 2002, come nota A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento incolpevole*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, p. 13 ss., p. 30, per cui “la *lex contractus* estende [...] i suoi effetti [...] anche alle conseguenze del suo dissolvimento”.



tramite *Rücktritt* (§ 346 ss. BGB)<sup>68</sup>, che è stata poi estesa anche a tutte le ipotesi di recesso legale<sup>69</sup>.

L'apparente linearità di un sistema così suddiviso ha comunque portato la dottrina tedesca a scontrarsi con problemi interpretativi legati al coordinamento tra le due discipline<sup>70</sup>; in particolare, per la constatazione che il doppio regime restitutorio avrebbe comportato di considerare le prestazioni da restituire come condizionate l'una all'altra nella risoluzione, mentre come isolate e autonome nell'invalidità<sup>71</sup>.

Una parziale attenuazione si è avuta con la riforma dello *Schuldrecht* del 2002, che ha avvicinato i due regimi restitutori<sup>72</sup> e riformulato gli obblighi restitutori derivanti dall'impossibilità di *restitutio in integrum*: da un lato eliminando la norma che escludeva la possibilità di agire in risoluzione nel caso di perimento del bene imputabile all'acquirente (vecchio § 351 BGB), e dall'altro prevedendo che laddove il bene non possa essere restituito in natura, l'*accipiens* debba pagare il valore della prestazione (§ 342, comma 2, BGB)<sup>73</sup>, replicando quanto previsto in materia di arricchimento senza causa (§ 818, comma 2 BGB).

---

<sup>68</sup> Il *Rücktritt* rappresenta lo scioglimento del contratto per volontà unilaterale del contraente: dunque “una risoluzione per via di recesso” come afferma A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento incolpevole*, cit., p. 13, a cui si rimanda per un approfondimento sull'istituto.

<sup>69</sup> E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, cit., p. 458 s.; ancora A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento incolpevole*, cit., p. 14, per il quale dopo la riforma il recesso è diventato “un istituto centrale del diritto delle obbligazioni e dei contratti”.

<sup>70</sup> Ne dà atto E. BARGELLI, “*Sinallagma rovesciato*” e ripetizione dell'indebitito. *L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, cit., p. 90 s., a cui si rimanda per i riferimenti nella letteratura tedesca. Cfr. anche A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, p. 315 ss.

<sup>71</sup> Cfr. E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, cit., p. 454. Sul punto si tornerà anche *infra*, § 9 ss.

<sup>72</sup> Cfr. E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 435 ss.

<sup>73</sup> Letteralmente: “*Statt der Rückgewähr oder Herausgabe hat der Schuldner Wertersatz zu leisten, soweit:*

*1. die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist, 2. er den empfangenen Gegenstand verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet hat, 3. der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist; jedoch bleibt die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung außer Betracht*”.

Sul punto, si veda anche R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform 2002*, in A. BORROWS and LORD RODGER OF EARLSFERRY, *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford, 2006, p. 323 ss., p. 327.

Giova sottolineare, come osserva E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, cit., p. 460, che la responsabilità per l'impossibilità della *restitutio in integrum* viene ricostruita come una sorta di diritto al risarcimento del danno per inadempimento che si aggiunge al recesso; in questo modo si è cambiata l'impostazione rispetto alla formulazione antecedente del BGB, per cui la responsabilità derivante dalla impossibilità di *restitutio in integrum* veniva ricondotta alle norme sul rapporto tra proprietario e possessore.

Peraltro, anche l'esclusione della responsabilità da parte di colui a cui non è imputabile la caducazione del contratto o l'impossibilità della *restitutio in integrum* è stata resa simile nelle due discipline restitutorie (cfr. § 346, comma 3 e § 818, § 3 BGB).

E tuttavia, è stato avvertito che la riforma dello *Schuldrecht* ha lasciato anch'essa alcuni punti dubbi, prontamente sottolineati dalla dottrina, sia per quanto riguarda il rapporto tra restituzioni e rischio, sia per quanto riguarda l'incertezza del rapporto tra risarcimento e restituzioni.

### 5.3. I progetti europei: i Principi UNIDROIT e il Draft Common Frame of Reference. Cenni.

Anche i progetti di riforma europei si sono mossi verso un superamento della concezione tradizionale basata sulla ripetizione dell'indebito.

Il *Draft Common Frame of Reference* articola in due diverse sedi gli obblighi restitutori, similmente a quanto avviene, su scala nazionale, nell'ordinamento tedesco<sup>74</sup>: accanto a regole restitutorie che si applicano nel caso di risoluzione per inadempimento (art. III.-3:509 ss.), che vengono estese anche ad altri istituti contrattuali<sup>75</sup>, vi sono quelle previste per l'arricchimento ingiustificato (art. VII.-7:101 ss.)<sup>76</sup>, espressamente richiamate quando un contratto viene dichiarato nullo (art. II.-7:303, comma 1), o quando viene annullato (art. VII.-212:2, comma 2).

La ragione di questa bipartizione riguarda la stretta dipendenza che lega il meccanismo restitutorio al regime di impugnazione negoziale e al suo operare

---

<sup>74</sup> Infatti, secondo P. SIRENA, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 379 ss., p. 385 i redattori del DCFR hanno recepito – seppur non totalmente – il sistema binario proprio dell'ordinamento tedesco; ID., *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 657 ss., p. 668.

<sup>75</sup> Con gli opportuni adattamenti, la disciplina si estende anche al recesso (art. II.-5:105, comma 2), alla condizione risolutiva (art. III.-1:106, comma 5), al termine finale (art. III.-1:107, comma 3), alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta (art. III.-3:104), e viene richiamata anche dalla disciplina di alcuni specifici tipi contrattuali.

<sup>76</sup> D'altronde, è lo stesso art. VII.-7:101(commo 1 e 3) a prevedere che la disciplina dell'arricchimento senza causa non pregiudica un eventuale diritto alla restituzione fondato su norme contrattuali o altre norme di diritto privato. Sul punto, si veda P. SIRENA, *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, cit., p. 657, per cui alla base di questa disciplina vi sarebbe una sorta di *ius commune* europeo della disciplina dell'arricchimento senza causa, come riconosciuto anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (ECJ, *Grand Chambre*, 16.12.2008, in C-47/07, *P. Masdar (UK) Ltd. vs. Commissione delle Comunità europee*).

retroattivo: il DCFR ha infatti accolto la differenza tra una retroattività in senso forte – che caratterizzerebbe la nullità e l’annullamento –, rispetto invece ad una in senso debole, riconducibile alla risoluzione<sup>77</sup>.

Così, per sintetizzare, le restituzioni derivanti da risoluzione sarebbero la diretta conseguenza dell’originario programma contrattuale<sup>78</sup>, mentre la disciplina per quelle che conseguono alle pronunce di invalidità sarebbe “meno sensibile al ‘simulacro’ del contratto sottostante”<sup>79</sup>.

Una diversa impostazione è seguita dai Principi UNIDROIT(2016) che non dedicano una sezione specifica alle restituzioni contrattuali, ma assorbono la disciplina delle stesse all’interno delle singole ipotesi di caducazione negoziale: regole specifiche sono dettate per l’annullamento (art. 3.2.15), per la nullità per contrarietà a norme imperative (art. 3.3.2), per l’avveramento di una condizione risolutiva (art. 5.3.5) e per la risoluzione (artt. 7.3.6 e 7.3.7).

In conclusione, i Principi UNIDROIT da un lato manifestano l’insoddisfazione per l’inserimento degli obblighi restitutori al di fuori del perimetro contrattuale, ma allo stesso tempo creano una parcellizzazione della disciplina che determina disarmonie tra le singole ipotesi<sup>80</sup>.

## 6. La disciplina dell’indebitto e il modello unitario in Italia.

In Italia, è opinione molto diffusa che le restituzioni conseguenti all’applicazione di un rimedio contrattuale – quale che esso sia – siano governate dalla disciplina della ripetizione dell’indebitto di cui agli artt. 2033 ss. c.c.<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> Sul tema si tornerà ampiamente nel corso del presente capitolo: cfr. §§ 10 e 11.

<sup>78</sup> E di questo sono testimonianza, per esempio, la reciprocità che lega le restituzioni in caso di esecuzione bilaterale del contratto (art. III.-3:5111, comma 1) e l’assunzione del prezzo contrattualmente pattuito come base di calcolo (art. III.-3:513, comma 2).

<sup>79</sup> Come afferma E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 444.

<sup>80</sup> Ancora E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 52.

<sup>81</sup> Gli studi sull’istituto sono numerosi. Si segnala, tra i più rilevanti, P. TRIMARCHI, *L’arricchimento senza causa*, cit., p. 28 ss.; U. BRECCIA, *La ripetizione dell’indebitto*, Milano, 1974; ID., voce *Indebito (ripetizione dell’)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, 1989; E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, cit.; ID., *Del pagamento dell’indebitto*, in L. ARU, E. MOSCATI, P. D’ONOFRIO, *Gestione di affari, Pagamento dell’indebitto, Arricchimento senza causa, Artt. 2028-2042*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 61 ss.; ID., voce *Indebito*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 86 ss.; G. LEVI, *Il pagamento dell’indebitto*, Milano, 1989; A.

A prima vista, la soluzione può sembrare corretta: venuta meno la *causa adquirendi* e la ragione giustificatrice del contratto, la prestazione svolta si caratterizza per essere indebita e deve essere restituita<sup>82</sup>.

Le radici di questa impostazione risalgono al diritto romano e, in particolare, alle *condictiones*: fattispecie di varia natura<sup>83</sup> che consentivano all'attore di ottenere la restituzione di quanto pagato all'*accipiens*, quando quest'ultimo aveva acquisito la proprietà di una cosa senza una causa giuridica che ne legittimasse la ritenzione<sup>84</sup>.

Nel Codice del 1865 l'istituto trovava la propria regolamentazione all'interno dei quasi-contratti (spec. artt. 1145-1150), espressamente citati quale fonte dell'obbligazione dall'art. 1097<sup>85</sup>, suggerendo all'interprete che gli effetti derivanti dalla *indebiti solutio* avrebbero dovuto essere analizzati “nella prospettiva dell'ampio raggio di conseguenze riconducibili al negozio giuridico”<sup>86</sup>.

Nel passaggio al Codice civile del 1942 la categoria dei quasi-contratti fu poi abbandonata, e la disciplina dell'indebito subì qualche innovazione, tra cui il completo distacco da quella dell'adempimento, la possibilità concessa al *solvens* di agire

---

ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale* diretta da F. GALGANO, Padova, 2004; ID., *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, p. 464 ss.; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, p. 60 ss.; A.M. BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione di indebito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 173 ss.

<sup>82</sup> P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 92; cfr. anche M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, vol. V, *Rimedi-2*, p. 379. Secondo E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 119, l'art. 2033 c.c. rappresenta una formula sufficiente ampia da poter “costituire il punto di riferimento comune alle diverse ipotesi di difetto di ‘causa solvendi’”.

<sup>83</sup> Non è questa la sede per approfondire il tema, peraltro fortemente dibattuto anche nella dottrina romanistica. Può comunque essere utile citare la *condictio causa data causa non secuta*, che consentiva di recuperare un'attribuzione fatta in vista di un determinato risultato futuro poi non verificatosi; la *condictio ob turpem vel iniustam causam*, per l'ipotesi di uno scopo immorale; la *condictio indebiti*, da esperire per i pagamenti di debiti inesistenti o che non spettava all'attore pagare; la *condictio sine causa*, per l'ipotesi di una promessa priva di causa. Si rinvia a C. SANFILIPPO, *Condictio indebiti: il fondamento dell'obbligazione da indebito*, Milano, 1943, p. 52. Si veda anche U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 7 ss.; E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, cit., p. 442, *sub* nota 21 ed ivi altri riferimenti.

<sup>84</sup> Ne parla anche G. PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Obbl. e contratti*, 2010, p. 647 ss., p. 648.

<sup>85</sup> Si ricorda che il codice abrogato adottava ancora la ripartizione di origine giustiniana che designava quali fonti dell'obbligazione anche i quasi-contratti, assieme al contratto, al delitto e al quasi-delitto. Il fondamento storico e dogmatico della categoria era già in discussione a inizio Novecento: cfr. G. PACCHIONI, *Dei quasi-contratti*, Padova, 1938, p. 2; C. SCUTO, *Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1917, *passim*.

<sup>86</sup> U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 4, che riferisce come il paradigma ipotizzato, derivante dal diritto romano, era quello del rapporto di mutuo. Per un completo approfondimento della trattazione dell'istituto nel previgente codice, si rinvia a E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 61 ss.

direttamente nei confronti del terzo acquirente a titolo gratuito e, soprattutto, l'eliminazione dell'essenzialità dell'errore del *solvens* per domandare la restituzione dell'indebito oggettivo<sup>87</sup>, elemento che aveva creato contrasti nell'allora dottrina<sup>88</sup>. Ciò ha semplificato l'istituto, permettendogli di diventare una clausola generale, idonea alla reversione di ogni spostamento patrimoniale realizzato tramite il pagamento<sup>89</sup>.

Nonostante l'apparente potenzialità binaria dell'ordinamento italiano – in cui l'azione di ripetizione dell'indebito convive con quella di arricchimento senza causa<sup>90</sup>, l'approvazione del Codice del 1942 ha rafforzato l'impostazione unitaria: l'art. 2033 c.c. è assurto a strumento idoneo a ristabilire lo *status quo ante* nelle ipotesi in cui il titolo contrattuale alla base fosse inidoneo a giustificare spostamenti di prestazione, neutralizzando il contesto in cui il pagamento non dovuto era stato eseguito e non distinguendo tra l'atto di pagamento isolato del *solvens* e quello che si basa su un contratto (nato o divenuto) inefficace<sup>91</sup>.

Per quanto concerne lo specifico tema delle restituzioni contrattuali, l'impostazione unitaria assegna all'art. 2033 c.c. il valore di clausola generale e opera trasversalmente secondo due direttrici<sup>92</sup>: da un lato applica la disciplina dell'indebito ad ogni ipotesi di inefficacia originaria o sopravvenuta del negozio, determinando un omogeneo trattamento ad ipotesi radicalmente diverse tra di loro; dall'altro applica la medesima disciplina ad ogni tipologia di prestazione dedotta in contratto, interpretando in modo estensivo la nozione di "pagamento" contenuta nell'art. 2033

---

<sup>87</sup> Cfr. U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, in *La gestione di affari. Il pagamento dell'indebito. L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, vol. IX, Torino 1984, p. 757 ss., p. 764; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 72 ss.

<sup>88</sup> Si rinvia a A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 191 per una completa disamina della questione.

<sup>89</sup> E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, cit., p. 441; ID., *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 119; in termini più dubitativi, U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 236 ss. Si veda anche A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 529 ss., p. 537.

<sup>90</sup> Sul punto, si veda A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 17; anche P. SIRENA, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, cit., p. 379.

<sup>91</sup> Cfr. E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 76 s.; nel medesimo senso, P. LEONE, *Impugnativa negoziali, tutela restitutoria e indebito oggettivo*, in *Contratti*, 2009, p. 999 ss., p. 1005.

<sup>92</sup> In questa efficace maniera argomenta E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 138 ss. Cfr. anche, A.M. BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione di indebito*, cit., p. 175, che si sofferma sulla vitalità e duttilità dell'istituto.

c.c.<sup>93</sup>, ricomprendendo anche altre prestazioni di *dare* (ma non quelle di *facere*, per cui si ricorre solitamente all'art. 2041 c.c.)<sup>94</sup>.

In questo senso, depone anche la collocazione sistematica della disciplina dell'indebito: posta sia al di fuori della parte del Codice civile dedicata ai contratti, essa presenta l'attitudine ad essere applicata ad ogni ipotesi di mancanza di *causa solvendi*<sup>95</sup>; e il richiamo operato dall'art. 1422 c.c. in tema di nullità e dall'art. 1463 c.c. in tema di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta hanno consentito di rafforzare l'idea per cui la disciplina di cui all'art. 2033 ss. sia applicabile ad ogni ipotesi di mancanza di fondamento della prestazione.

Invero, mentre il rimando operato dall'art. 1422 c.c. non ha sollevato particolari voci discordanti rispetto all'applicazione della disciplina dell'indebito in seguito alla pronuncia di nullità<sup>96</sup>, la stessa sorte non è toccata all'art. 1463 c.c.: da taluni è stato assegnato alla norma un carattere eccezionale – poiché dettata solo in materia di impossibilità sopravvenuta –, irrilevante a livello sistematico per la risoluzione in generale<sup>97</sup>; così la mancanza di una disciplina analoga in tema di inadempimento e di

---

<sup>93</sup> D'altronde “nel lessico giuridico vi è una certa fungibilità nell'uso dei concetti di «adempimento», «prestazione» e «pagamento»”, e nelle successive disposizioni (artt. 2034 e 2035 c.c.) si fa ricorso al più ampio *nomen* di «prestazione», come rileva U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 772; similmente, G. LEVI, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 16 ss.

<sup>94</sup> Di questo avviso era già L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milano, 1948, p. 363 ss. e C. GANGI, *Le obbligazioni. Concetto. Obbligazioni naturali, solidali, divisibili e indivisibili*, Milano, 1951, p. 113 ss. Più di recente, si veda V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 887; M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., p. 391. Per un'ampia trattazione sul tema anche E. BARGELLI, *Le prestazioni professionali effettuate indebitamente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 470 ss. In giurisprudenza, Cass. 04.11.1994, n. 9036; Cass. 19.08.1992, n. 9675. Di recente, con riguardo a prestazioni professionali rese in favore della PA sulla base di un contratto nullo, Cass. 24.05.2019, n. 14329. In generale, la giurisprudenza ricorre al tema dell'arricchimento senza causa quando si è di fronte ad un contratto nullo, la cui prestazione non può essere restituita in natura: Cass. sez. un., 27.01.2009, n. 1875; Cass., sez. un., 11.09.2008, n. 23385, in *Corr. giur.*, 2009, p. 59 ss., con nota di A. DI MAJO, *Danno e mancato profitto nell'arricchimento senza causa*.

<sup>95</sup> Secondo P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 26 ss. la ripetizione è ammessa anche quando la prestazione sia compiuta per una causa diversa dalla *causa solvendi*, e questa non sussista o sia invalida.

<sup>96</sup> Deve tuttavia segnalarsi la voce contraria di P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 11 ss., p. 37 ss., secondo cui vi sarebbe una forte contraddizione tra l'imprescrittibilità dell'azione di nullità e la salvezza degli effetti della prescrizione dell'azione di ripetizione, poiché non avrebbe senso prevedere un'azione di nullità senza limiti di tempo e al contempo la prescrizione decennale per la domanda di ripetizione, che è volta ad eliminare gli effetti del contratto nullo.

<sup>97</sup> In altri termini, se il legislatore avesse voluto uniformare il trattamento per tutte le ipotesi di risoluzione, avrebbe dovuto inserire il riferimento alla disciplina dell'indebito nell'art. 1458 c.c., piuttosto che nell'art. 1463 c.c.. Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 328 ss.; cfr. anche A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, vol. II, Milano, 1988, p. 243 ss., p. 247, per il quale “la mancata menzione [...] ha inteso

eccessiva onerosità sopravvenuta farebbe mancare l'unico collegamento testuale che consentirebbe alla disciplina dell'indebito di essere applicata anche per queste due ipotesi ulteriori. In sostanza, si escluderebbe la valenza generale della disciplina dell'indebito nella risoluzione e, in particolare, per la risoluzione da inadempimento.

D'altro canto, è stato anche sostenuto che la risoluzione sarebbe da considerare come un fenomeno unitario con cui l'ordinamento reagisce di fronte ad una disfunzione del sinallagma, a prescindere dall'evento scatenante<sup>98</sup> (inadempimento, impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità sopravvenuta); senza contare che una previsione analoga a quella dell'art. 1463 c.c. sarebbe stata superflua per le ipotesi di risoluzione per inadempimento e per eccessiva onerosità sopravvenuta, in cui l'espresso riferimento alla retroattività (artt. 1458 e 1467 c.c.) avrebbe dovuto naturalmente portare all'applicazione delle norme in tema di indebito<sup>99</sup>.

Le considerazioni che muovono dal dato testuale non appaiono tuttavia soddisfacenti.

Per i fautori della tesi unitaria, il riferimento alla disciplina dell'indebito si ricaverebbe da altre considerazioni, oltre a quella storica e letterale: una sistematica, per cui tutti i negozi inefficaci *ab origine*, incapaci di produrre obbligazioni, rientrerebbero nella fattispecie generale del pagamento dell'indebito<sup>100</sup>; e una logica, per cui al carattere retroattivo derivante dalla perdita *ex tunc* degli effetti del contratto discenderebbe la legittimazione al riferimento all'indebito<sup>101</sup>.

---

significare l'inapplicabilità della ripetizione al rapporto conseguente alla risoluzione per inadempimento.

<sup>98</sup> Parla di "causae" di risoluzione E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 146.

<sup>99</sup> Ancora E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 146; ID., *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, cit., p. 477 ss. Nel senso che non era necessaria un preciso riferimento all'indebito anche nella disciplina della risoluzione per inadempimento e per eccessiva onerosità sopravvenuta si veda anche C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 793 ss., p. 800; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 242 ss., secondo il quale non va escluso che il richiamo sia effettuato in forma ellittica; ancora A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 448, per cui basterebbe riflettere sulla natura sostanzialmente unitaria del fenomeno risolutivo per poter estendere l'applicazione dell'art. 1463 c.c. anche alle ipotesi di inadempimento e di eccessiva onerosità sopravvenuta.

<sup>100</sup> Sul punto, U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 229 ss., spec. p. 232, per cui "il principio, il quale induce a rimuovere lo spostamento patrimoniale [...] trova la sua diretta e, d'altra parte, generale consacrazione nella «non doverosità» del pagamento, quale fonte dell'obbligazione restitutoria prevista ex art. 2033 c.c.".

<sup>101</sup> Si veda E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 146.; sul rapporto tra retroattività e indebito, si rimanda ancora a A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 247.

Il modello unitario rappresenta un'opinione largamente condivisa in dottrina<sup>102</sup> (per quanto, come si vedrà, al suo interno siano presenti posizioni più sfumate o critiche) e dominante in giurisprudenza, che da decenni è adagiata sulla seguente posizione: “qualora venga acclarata la mancanza di una *causa adquirendi* – tanto nel caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, quanto in quello di una qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente – l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione dell'indebito oggettivo”<sup>103</sup>.

Questa massima rappresenta una formula ormai tralaticia, che tuttavia crea spesso una spaccatura tra le dichiarazioni di principio della giurisprudenza e le soluzioni poi adottate nel caso concreto (le quali, spesso, prescindono dalla piana applicazione della disciplina dell'indebito), lasciando spazio al dubbio che dietro di essa si celino problemi di carattere sistematico più ampi<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Talvolta tale modello è stato abbracciato “in maniera che si potrebbe dire aprioristica”, come nota C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nella dalla prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 806. In particolare, la tesi è accolta da U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 243 ss.; ID., *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 774 ss.; E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti restitutori e pretese restitutorie*, cit., p. 440 ss.; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 140 ss.; P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, cit., p. 1238. Con specifico riferimento al tema della nullità, cfr. A. GENTILI, *Le invalidità*, in E. GABRIELLI (cur.), *I contratti in generale*, t. II, Torino, 1999, p. 1369; quanto alla risoluzione per inadempimento, G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2007.

<sup>103</sup> *Ex multis*, cfr. Cass. 15.01.2018, n. 715; Cass. 06.06.2017, n. 14013; Cass. 11.10.2016, n. 20383; Cass. 13.02.2006, n. 3073, in *Contratti*, 2006, p. 861 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Risoluzione del contratto per inadempimento, restituzione del prezzo e rivalutazione monetaria*; Cass. 12.12.2005, n. 27334; Cass. 01.08.2001, n. 10498; Cass. 13.04.1995, m. 4268; Cass. 16.05.1960, n. 1182. Tra la giurisprudenza di merito, si veda Trib. Roma, 28.01.2019, n. 2052; Trib. Nola, 14.01.2020, n. 93; App. Milano, 10.03.2016; Trib. Genova, 22.03.2007.

<sup>104</sup> Cfr. A.M. BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione di indebitto*, cit., p. 175; C. ARGIROFFI, *Ripetizione di cosa ed acquisto a non domino della proprietà*, Milano, 1980, p. 4. L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, p. 33, spec. nota 130, ove specifica che, a dispetto della mole di sentenze dedicate al tema della nullità e della risoluzione del contratto, davvero un numero esiguo cita gli artt. 2037 e 2038 c.c. In senso analogo, E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 117.



7. *Restituzioni contrattuali e disciplina dell'indebito. Le criticità sul piano generale e la condizione di buona e mala fede.*

Giunti a questo punto, e ricostruita brevemente l'impostazione unitaria seguita in Italia, occorre verificare se l'applicazione della disciplina dell'indebito, come detto comunemente assunta quale paradigma delle obbligazioni restitutorie derivanti dalla caducazione di un contratto, possa condurre ad esiti soddisfacenti quando si discute dell'invalidità o della risoluzione di un contratto di cessione d'azienda.

La verifica della compatibilità dell'istituto passa inevitabilmente attraverso criticità che, già da tempo, la dottrina ha manifestato su un piano generale.

Quella principale attiene alla condizione di buona o mala fede soggettiva, che rappresenta la bipartizione che condiziona il concreto l'operare della disciplina di cui agli artt. 2033 ss. c.c.

In particolare, tale elemento soggettivo rileva:

(i) sulla misura dei frutti ed interessi inerenti al diritto di credito: l'art. 2033 c.c., nella sua seconda proposizione, dispone infatti che chi esercita l'azione di ripetizione ha diritto anche ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento se l'*accipiens* era in mala fede; dal giorno della domanda se al contrario questi era in buona fede;

(ii) per determinare l'oggetto della restituzione nell'ipotesi di perimento o deterioramento del bene: ai sensi dell'art. 2037 c.c. l'*accipiens* è comunque tenuto a corrisponderne il valore se è in mala fede e la cosa perisce (anche per caso fortuito), o a corrispondere un'indennità per la diminuzione di valore se essa viene deteriorata; al contrario, l'*accipiens* di buona fede non risponde del perimento o del deterioramento della *res tradita* – anche qualora il fatto sia a lui imputabile – se non nei limiti dell'arricchimento;

(iii) per determinare l'oggetto della prestazione da restituire nel caso essa sia stata *medio tempore* alienata: l'art. 2038 c.c. prevede che l'*accipiens* di buona fede che abbia alienato a titolo oneroso la cosa sia tenuto a restituire il corrispettivo conseguito, mentre se l'alienazione è avvenuta a titolo gratuito sarà il terzo acquirente ad essere tenuto, nei limiti del suo arricchimento, alla restituzione; quando invece l'*accipiens* è in mala fede, egli è tenuto a restituire la cosa o a corrisponderne il valore, e ciò anche quando l'alienazione sia avvenuta a titolo gratuito;

(iv) per il rimborso di spese, miglioramenti e addizioni effettuati sul bene da parte dell'*accipiens* ai sensi dell'art. 2040 c.c., che rinvia direttamente agli artt. 1149 ss. dettati in tema di possesso.

La qualificazione dello stato soggettivo dell'*accipiens* costituisce dunque il perno attorno al quale ruota l'intera determinazione della prestazione da restituire, sia sotto il profilo dell'*an*, sia del *quantum*<sup>105</sup>.

Tale passaggio rappresenta tuttavia un aspetto discusso in dottrina, sia sotto il profilo generale, sia con riferimento alle singole ipotesi di caducazione negoziale<sup>106</sup>. Ciò ha condotto gli interpreti verso soluzioni discordanti, talora anche alla disapplicazione delle regole di cui agli artt. 2033 ss. c.c., quando ci si trova di fronte alle restituzioni derivanti da caducazione del contratto<sup>107</sup>.

Dal punto di vista generale, il dato di fondo è che si tende a far coincidere lo stato soggettivo di conoscenza della non doverosità della prestazione con la conoscenza (o ignoranza) dell'inefficacia del titolo contrattuale alla base del pagamento<sup>108</sup>. È tuttavia avvertita la difficoltà di operare questo tipo di coordinamento, specie allorché il difetto di giustificazione del pagamento sia successivo e sopravvenuto rispetto alla *solutio*, poiché lo stato di conoscenza circa la non debenza

---

<sup>105</sup> L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 14, spec. *sub* nota 48, ove si precisa che la buona fede a cui ci si riferisce è quella soggettiva, e non oggettiva: cfr. inoltre A. NICOLUSSI, *Appunti sulla buona fede soggettiva con particolare riferimento all'indebito*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 294 s. Sul punto, anche E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 148 ss.

<sup>106</sup> Ne dà immediato avviso U. CARNEVALI, *Gli effetti della risoluzione*, in U. CARNEVALI, E. GABRIELLI, M. TAMPONI, *Il contratto in generale. La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, vol. VIII.2, Torino, 2011, p. 193. Sul punto anche A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, cit., p. 539 ss.

<sup>107</sup> Cfr. E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 157 e p. 194; C. TRANQUILLO, *Risoluzione per inadempimento e funzione delle restituzioni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2015, p. 815. Ritiene incompatibile la disciplina dell'indebito con le impugnazioni negoziali C. ARGIROFFI, *Ripetizione di cosa determinata e acquisto "a non domino" della proprietà*, Milano, 1980, p. 149, secondo il quale gli artt. 2037 e 2038 c.c. presupporrebbero sempre la proprietà del bene in capo all'*accipiens* e tale aspetto sarebbe contraddetto dal meccanismo retroattivo ascrivibile alla nullità e alla risoluzione. Ritiene che la disciplina dell'indebito sia da applicare solo tra soggetti che non sono mai stati in rapporto con loro, escludendo quindi l'applicazione quando il diritto alla restituzione sorga dalla caducazione di un contratto G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 71. Criticità sono sollevate anche da P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, cit., p. 11 ss.

<sup>108</sup> A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, cit., p. 539; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, p. 151 ss.

della prestazione si dovrebbe riferire ad una circostanza futura ed eventuale<sup>109</sup>; in altre parole, l'elemento soggettivo menzionato dall'art. 2033 c.c. si riferisce al momento in cui l'*accipiens* riceve la prestazione dovuta e "rappresenta un parametro 'statico', mentre la caducazione del contratto può avvenire anche a distanza di tempo, e comunque successivamente rispetto all'esecuzione dello stesso"<sup>110</sup>.

Fintanto che non viene pronunciata la sentenza dichiarativa di nullità, il cedente e il cessionario dell'azienda si trovano dinnanzi ad una fattispecie che apparentemente giustifica l'esecuzione delle prestazioni da parte loro; ciononostante, la giurisprudenza ritiene in mala fede il contraente che ha contratto conoscendo il vizio del negozio<sup>111</sup>, ovvero colui che ha concluso il contratto in violazione di una norma imperativa, e quindi "dovendo" conoscere la causa di invalidità del negozio<sup>112</sup>.

Più complesso il tema con riferimento all'annullamento del contratto: fino al momento della sentenza che pronuncia l'annullamento, la prestazione non può essere considerata indebita, e dunque non ci sarebbe spazio per considerare in mala fede il contraente<sup>113</sup>. E ciò, secondo parte della dottrina, potrebbe dirsi anche quando sia l'*accipiens* a dare origine all'annullamento del contratto attraverso la propria condotta, poiché se per un verso egli è consapevole di conseguire un vantaggio ingiusto, non può dirsi con certezza che "sia conscio della possibilità che la vittima sia legittimata a

---

<sup>109</sup> E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 152; analogamente A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 256 ss. e C. TRANQUILLO, *Risoluzione per inadempimento e funzione delle restituzioni*, cit., p. 816.

<sup>110</sup> Si esprime così M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., p. 384. Ancora, A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, cit., p. 539, per cui l'applicazione dell'art. 2033 c.c. alla risoluzione per inadempimento dovrebbe "sempre condurre, a stretto rigore, alla valutazione in termini di buona fede della condotta dell'*accipiens*".

<sup>111</sup> Alla risalente Cass. 02.08.1952, n. 2491, hanno fatto eco numerose pronunce; di recente, Cass. 08.07.2010, n. 16149. Sul punto, si rinvia anche U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 263. Si veda tuttavia P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, cit., p. 31 s., che avverte tuttavia come l'elemento soggettivo non incida sul tema delle restituzioni, ma piuttosto su quello relativo al risarcimento del danno per l'interesse negativo e che nessuna norma limita gli effetti dell'invalidità a seconda di una presunta o effettiva buona/mala fede. E ciò in quanto "un atto di trasferimento invalido non può fondare nella controparte un possesso di buona fede, giacché è implicito nella natura e nel contenuto delle norme che dispongono la nullità, il carattere inescusabile dell'eventuale ignoranza che le parti possano avere dei motivi di invalidità". In altre parole "il titolo invalido non può essere considerato una *iusta causa possessionis*".

<sup>112</sup> Cfr. P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., p. 152.

<sup>113</sup> La giurisprudenza considera tuttavia in buona fede la parte che ignorava il vizio, mentre in mala fede la parte che ne era consapevole: cfr. A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 423. Sul punto ancora P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., p. 154.

svincolarsi dal contratto e ved[ere] tutelate le sue ragioni attraverso la ripetizione della prestazione effettuata”<sup>114</sup>.

Con specifico riguardo alla risoluzione, talvolta si tende ad equiparare in modo automatico il contraente di mala fede con il soggetto inadempiente<sup>115</sup>, talaltra il carattere di mala fede si ricava nel momento in cui il responsabile è consapevole di non poter più trattenere quanto ricevuto a causa di un inadempimento, poiché l'altra parte ha reagito domandando la restituzione<sup>116</sup>.

L'equazione *accipiens* di buona fede-contraente fedele e *accipiens* di mala fede-contraente inadempiente non soddisfa<sup>117</sup>.

In prima battuta, si è osservato come essa mischi i concetti di buona (e mala) fede in senso soggettivo e oggettivo, poiché assegna alle norme dedicate al pagamento dell'indebitto una carica oggettiva che si riferisce al problema dell'imputabilità del motivo della sopravvenuta inefficacia del contratto, quando la disciplina di cui all'art. 2033 ss. c.c. fa esclusivo riferimento alla buona (o mala) fede in senso soggettivo<sup>118</sup>; in altri termini, i due aspetti riguardanti l'(in)adempimento e lo stato soggettivo della parte si muovono su piani diversi, poiché il primo riguarda un rapporto di conformità (o meno) rispetto al contratto e alle norme dedicate sull'esecuzione dello stesso, mentre il secondo si concentra esclusivamente sulla conoscenza o ignoranza del carattere indebitto della prestazione<sup>119</sup>.

---

<sup>114</sup> Si esprime in questo senso E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 154.

<sup>115</sup> Cfr. R. SACCO, in R. SACCO, G. De NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 2004, p. 671. In senso analogo anche M. LIBERTINI, voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 115; più sfumata la posizione di U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitto*, cit., p. 267, per cui l'imputabilità potrebbe giocare un ruolo decisivo nell'attribuzione dello stato di buona o mala fede.

<sup>116</sup> E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebitto*, cit., p. 225 ss. Il problema è sintetizzato chiaramente G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, vol. V, *Rimedi-2*, p. 753 ss., p. 945.

<sup>117</sup> Per quanto fosse una soluzione – un po' semplicistica – spesso ricorrente nella giurisprudenza degli anni '80 e '90: cfr. Cass. 26.02.1986, n. 1203; Cass. 12.06.1987, n. 5143; Cass. 27.08.1990, n. 8834.

<sup>118</sup> In questi termini, C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, in L. VACCA (cur.), *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione nel diritto contrattuale europeo*, Torino, 1999, p. 216; ID., *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 806 ss., in cui si parla di una vera e propria “contaminatio” tra buona-mala fede in senso soggettivo e oggettivo. Analogamente, L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 17. Ancora sul tema U. CARNEVALI, *Gli effetti della risoluzione*, cit., p. 194, per cui “lo stato di buona o di mala fede di cui agli artt. 2037 ss. è uno stato psicologico, e non uno stato oggettivo”.

<sup>119</sup> In questo senso, M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., p. 382.

La soluzione conduce poi a risultati insoddisfacenti sotto il profilo dei rapporti tra restituzione e risarcimento, in quanto vengono assegnate alle norme sulla restituzione “funzioni criptorisarcitorie”<sup>120</sup> che alterano quel meccanismo neutro che dovrebbe stare alla base dell’istituto<sup>121</sup>: il giudizio di imputabilità di una certa condotta può costituire il fondamento di un’azione risarcitoria, ma non quello di un’azione restitutoria che nasce indipendentemente dal comportamento (doloso o colposo) della parte<sup>122</sup>.

Ciò avviene, in particolare, con riferimento alla restituzione dei frutti e degli interessi<sup>123</sup>.

Tralasciando il dibattito circa la natura di debito di valuta dell’obbligazione restitutoria<sup>124</sup>, gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza si sono maggiormente concentrati sull’individuazione del *dies a quo* dell’obbligo di versare frutti e interessi, giungendo a soluzioni che abbracciano l’intero spettro delle ipotesi astrattamente immaginabili<sup>125</sup>: imponendo ad entrambi la restituzione dal giorno del pagamento<sup>126</sup>, dal giorno della sentenza costitutiva<sup>127</sup>, o dal giorno della domanda giudiziale<sup>128</sup>, o ancora differenziando in base allo stato soggettivo dei contraenti.

---

<sup>120</sup> Così definite da L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 18.

<sup>121</sup> C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 809; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 319; M. AMBROSOLI, *Le restituzioni nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in G. DE NOVA (cur.), *Le restituzioni contrattuali*, p. 149 ss., p. 165.

<sup>122</sup> A. D’ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, cit., p. 546; A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998, p. 105, che specifica che “la buona fede non è un elemento impeditivo della restituzione, ma vale semplicemente alla stregua di un criterio di misurazione”.

<sup>123</sup> Lo conferma C. TRANQUILLO, *Risoluzione per inadempimento e funzione delle restituzioni*, cit., p. 816 s.

<sup>124</sup> La questione è ampiamente trattata da U. CARNEVALI, *commento sub art. 1458 c.c.*, cit., p. 111 e da E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 160 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali.

<sup>125</sup> I filoni principali sono esposti con chiarezza da G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 943 ss., a cui si rimanda; cfr. anche M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., p. 383 ss.; U. CARNEVALI, *Gli effetti della risoluzione*, cit., p. 197 ss.

<sup>126</sup> In questo senso, *ex multis*, Cass. 20.03.2009, n. 6891, in *Contratti*, 2009, p. 999 ss. con nota (critica) di P. LEONE, *Impugnative negoziali, tutela restitutoria e indebito oggettivo*, cit., in cui si evidenzia come questa soluzione sia la diretta conseguenza dell’importanza assegnata alla retroattività che sta alla base delle pronunce di nullità, annullamento, risoluzione e rescissione (p. 1005); giudica tale tesi “la più coerente con la natura retroattiva degli effetti della pronuncia di risoluzione” A. D’ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, cit., p. 559. Per riferimenti giurisprudenziali, si veda Cass. 22.02.2008, n. 4604; Cass. 21.10.1992, n. 11511.

<sup>127</sup> Per esempio Cass. 23.03.1965, n. 476; Cass. 13.01.1972, n. 106; Cass. 18.02.1980, n. 1192.

<sup>128</sup> A cui, sulla base di una lettura estensiva dell’art. 2033 c.c., le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 13.06.2019, n. 15895) hanno equiparato anche gli atti stragiudiziali aventi valore di costituzione in mora *ex art. 1219 c.c.* In argomento, si veda anche E. MOSCATI, *Richiesta*

Tutte le tesi hanno trovato consensi e critiche, ma forse quella che desta maggiori perplessità è proprio quest'ultima, che cerca di applicare *de plano* la disciplina di cui all'art. 2033 c.c. anche al fenomeno risolutorio, poiché attraverso l'equiparazione tra *accipiens* di mala fede e parte inadempiente si finisce per portare l'applicazione della disciplina dell'indebito a risultati non coerenti con gli esiti attesi dalle parti: e infatti, con essa si finisce per assicurare al contraente fedele una situazione migliore rispetto a quella che sarebbe derivata dalla corretta esecuzione del contratto<sup>129</sup>. Questi, tramite le restituzioni, potrebbe riottenere la prestazione e il suo valore di godimento maturato dal giorno dell'esecuzione, oltre che trattenere il godimento della controprestazione ricevuta, in quanto sarebbe legittimato, quale contraente in buona fede ai sensi dell'art. 2033 c.c., a restituire frutti e interessi solo dal giorno della domanda<sup>130</sup>.

### *7.1. Restituzione d'azienda e disciplina dell'indebito. Profili di incompatibilità.*

Nonostante parte della dottrina sia contraria all'applicazione dell'art. 2033 c.c. per le ipotesi in cui la ripetizione dell'indebito abbia ad oggetto la riconsegna di una cosa determinata<sup>131</sup>, la norma viene costantemente assunta quale parametro fondante l'obbligazione restitutoria.

Facendo un esempio, e ponendo la cessione d'azienda tra A e B per il prezzo di 100, l'applicazione dell'art. 2033 c.c. potrebbe condurre al seguente esito: laddove il cessionario B fosse inadempiente o a conoscenza della causa di invalidità del contratto,

---

*stragiudiziale e decorrenza dei frutti e degli interessi nella ripetizione dell'indebito*, in *Giur. it.*, 1983, p. 975 ss.; P. GALLO, *Ripetizione dell'indebito. Arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, cit., p. 8.

<sup>129</sup> Sul punto, A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, cit., p. 549 s.

<sup>130</sup> La questione è chiaramente esposta da G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 946 s., secondo il quale questo ha condotto parte della dottrina a riformulare il problema delle restituzioni in un'ottica più generale, che tenga conto anche del "valore obiettivo di godimento" della prestazione da restituire. Il tema è ripreso anche da P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 74 e da L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 18. Sul punto, si veda anche C. TRANQUILLO, *Risoluzione per inadempimento e funzione delle restituzioni*, cit., p. 817, per il quale questa tesi conduce all'esito che il *solvens* si avvantaggia del profitto derivante "dalla gestione della cosa madre, nonostante [esso] possa essere il frutto della peculiare capacità imprenditoriale dell'*accipiens*".

<sup>131</sup> E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 223 ss., per cui in questi casi dovrebbe farsi applicazione solo degli artt. 2037-2038 c.c.; *contra*, tuttavia, P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., p. 119.

e dunque in mala fede, la norma consentirebbe al cedente A di recuperare l'azienda ceduta, e di domandare il pagamento dei frutti eventualmente prodotti dalla stessa (es. si pensi al raccolto di una vendemmia per un'azienda agricola) durante il periodo in cui essa è stata gestita dal cessionario, mentre B sarebbe tenuto a restituire gli interessi sul prezzo pagato dal cessionario solo a far data dalla domanda.

Quando invece ad essere inadempiente (o consapevole della causa di invalidità del contratto) è il cedente A, l'art. 2033 c.c. consentirebbe al cessionario B di recuperare i frutti e gli interessi del capitale pagato sin dal giorno del pagamento, mentre egli sarebbe tenuto a restituirli solo a far data dalla domanda.

In entrambi i casi, come si vede, la norma garantisce al contraente in buona fede una situazione migliore di quella che sarebbe derivata dall'esatta esecuzione del contratto, poiché si assicura il recupero per intero della propria prestazione, unitamente al trattenimento dei vantaggi derivanti dalla prestazione altrui.

Si tratta, con tutta evidenza, di una soluzione contraria sia alla logica dei rimedi caducatori del contratto, sia a quella dell'esecuzione del contratto<sup>132</sup>.

I profili di incompatibilità dell'art. 2033 c.c. con il tema della restituzione dell'azienda derivano da un problema, per certi versi pregiudiziale, che riguarda la possibilità di ipotizzare l'esistenza di frutti con riferimento ad un'azienda. Il tema è particolarmente discusso in dottrina, ove le soluzioni proposte spesso discendono dall'adozione aprioristica delle (già citate) tesi unitarie o atomistiche<sup>133</sup>: tra i sostenitori delle teorie unitarie si è più propensi ad ammettere che all'azienda possa applicarsi la disciplina relativa ai frutti<sup>134</sup>.

A questo problema verrà riservato un apposito paragrafo nel seguente capitolo, ove verrà discusso, in chiave ricostruttiva, il problema dell'identificazione dei frutti inerenti all'azienda, da cui si trarranno due sostanziali considerazioni: (a) che la nozione di frutti dovrebbe essere riconducibile a singoli beni facenti parte del

---

<sup>132</sup> Così chiosa P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 74; analogamente M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., p. 383.

<sup>133</sup> Né da contezza A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 2012, p. 291 ss.; anche C. SGANGA, *Dei beni in generali*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER e F.D. BUSNELLI, Milano, 2015, p. 353 ss.

<sup>134</sup> Ancora A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 292, per cui "se si accoglie la tesi, peraltro, prevalente, per cui l'azienda è un bene unitario suscettibile di proprietà o di altro diritto reale indipendentemente dalle situazioni di appartenenza dei singoli beni che la compongono, allora può prospettarsi l'applicazione della disciplina dei frutti". L'A., tuttavia, continuando il discorso, rileva come tale teoria non appaia convincente e incontri ostacoli.

compendio produttivo e non all'azienda globalmente intesa; (b) che all'interno della categoria dei frutti aziendali non si può ricondurre il profitto d'impresa (giacchè questo è rappresentato dal prodotto dell'attività dell'imprenditore e non è sussumibile né nella categoria dei frutti naturali, né in quella dei frutti civili)<sup>135</sup>.

Ciò che in questa sede preme anticipare, a dimostrazione della poca coerenza che deriva dall'applicazione dell'art. 2033 c.c. al caso qui in esame, è che essa condurrebbe a risultati diversi con riferimento alla tipologia di attività concretamente svolta dall'imprenditore: solo in presenza di un'azienda al cui interno sono presenti beni fruttiferi (es. la vigna di un'azienda agricola) si imporrebbe la restituzione dei frutti, mentre di fronte ad aziende al cui interno non sono presenti beni fruttiferi (es. un'azienda che vende servizi) la norma non potrebbe fare il suo ingresso.

La maggiore difficoltà di coordinamento tra la disciplina dell'indebito e la caducazione del contratto di cessione d'azienda si ricava dall'applicazione dell'art. 2037 c.c., dettato in tema di restituzione della cosa determinata e perimento/deterioramento della stessa.

La norma è destinata ad assumere un ruolo centrale nell'analisi qui tratteggiata, per il problema, già riferito, circa la dinamicità dell'azienda e la continua variazione della sua composizione: nella quasi totalità dei casi che possono immaginarsi, infatti, l'azienda originariamente circolata è qualitativamente e quantitativamente diversa da quella che viene restituita al cedente al momento della dichiarazione di nullità o al momento della risoluzione; spesso proprio a causa di deterioramenti dell'azienda stessa causati dal cessionario.

E tuttavia, è noto come l'art. 2037 c.c. sia difficilmente raccordabile con i principi posti dalle impugnative negoziali<sup>136</sup>. Il comma terzo dispone che chi riceve una cosa in buona fede non risponde del perimento o del deterioramento della stessa,

---

<sup>135</sup> Sulla deduzione per cui gli utili (o il profitto) derivanti dallo sfruttamento dell'azienda non possono qualificarsi come frutti: cfr. O.T. SCOZZAFAVA, *Dei beni*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1999, p. 203 ss., spec. p. 205 ss., il quale chiarisce che sarebbe già difficile inquadrare il profitto all'interno dei frutti naturali o di quelli civili; e con riferimento alla restituzione dell'eventuale profitto argomenta sulla base del fatto che la disciplina della restituzione dei frutti ha carattere eccezionale "poiché deroga alla normativa che disciplina l'illecito civile" e dunque non sarebbe possibile estenderla analogicamente allo sfruttamento dell'azienda. Sulla relatività del concetto di "frutto" nell'economia moderna, cfr. P. BARCELLONA, voce *Frutti (dir. civ.)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, 1969, p. 204 ss. Si tornerà sul punto *infra*, Cap. III, § 9.1.

<sup>136</sup> Addirittura, secondo C. TRANQUILLO, *Risoluzione per inadempimento e funzione delle restituzioni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2015, p. 813 tale articolo "minerebbe" l'importanza della risoluzione del contratto.



anche se dipende da fatto proprio<sup>137</sup>, se non nei limiti del proprio arricchimento; se applicata ad una ipotesi di pagamento inserita in un negozio, la norma rischia di sovvertire il principio *res perit domino*: e infatti tale norma esclude la responsabilità dell'*accipiens* (in quanto in buona fede), mentre le ordinarie regole desumibili dall'art. 1376 e 1465 c.c. sanciscono che la perdita grava sul proprietario nell'ipotesi in cui il bene compravenduto perisca<sup>138</sup>. Viceversa, quando l'impossibilità della restituzione per perimento o deterioramento si associa alla mala fede dell'*accipiens*, la legge prevede che quest'ultimo sia comunque tenuto alla restituzione del valore; tuttavia non si specifica quale sia il tempo a cui riferire tale valore, e cioè se quello della consegna, quello della restituzione, o ancora quello riferibile al momento del perimento/deterioramento del bene<sup>139</sup>.

È allora evidente che si è in presenza di un'altra disposizione dettata in materia di indebito che non può essere trasposta *tout court* in materia contrattuale<sup>140</sup>. Un esempio proprio fornito con riferimento alla restituzione dell'azienda sembra confermare l'inapplicabilità dell'art. 2037 c.c.

Poniamo sempre l'ipotesi che A ceda la sua azienda a B per il prezzo di 100 e che, prima che venga dichiarata la nullità o la risoluzione del contratto, l'azienda stessa perisca o il suo valore diminuisca a 70.

Caducato il contratto e facendo applicazione dell'art. 2037 c.c., gli esiti sarebbero i seguenti:

a) se B era in mala fede, e l'azienda perisce per caso fortuito (o per colpa ascrivibile allo stesso B), egli sarà tenuto a restituire ad A il valore dell'azienda<sup>141</sup>; nel

---

<sup>137</sup> In altre parole, leggendo la norma sembra che l'*accipiens* non risponda quando il perimento è a lui imputabile a titolo di colpa: in questo senso, U. BRECCIA, *La buona fede nel pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, p. 128 ss., p. 166.

<sup>138</sup> In questo senso, G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 949; L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 21.

<sup>139</sup> Chiaramente sul punto P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., p. 131.

<sup>140</sup> Cfr. E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 527. È interessante notare come all'applicazione dell'art. 2037 c.c. per l'ipotesi di risoluzione del contratto siano stati proposti correttivi da C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 811 ss. L'A. suggerisce di sostituire i parametri di buona-mala fede di cui all'art. 2037 c.c. con quelli di conoscenza-non conoscenza di cui al successivo all'art. 2038 c.c., così equiparando la conoscenza della sussistenza dell'obbligazione restitutoria alla mala fede.

<sup>141</sup> La norma non chiarisce tuttavia il tempo a cui riferire tale valutazione, se cioè se esso sia con riguardo al momento della consegna della cosa o a quello della restituzione, o ancora a quello della consumazione: cfr. A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 331 s.; secondo P. GALLO, voce *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Digesto (dir. priv.)*,

caso di deterioramento A può comunque esigere il pagamento dell'equivalente, oppure la restituzione dell'azienda deteriorata e un'indennità per la diminuzione del valore.

b) se B era in buona fede non sarà tenuto a restituire nulla nell'ipotesi di perimento/deterioramento fortuito o a lui imputabile, se non nei limiti del proprio arricchimento (es. gli utili ricavati dalla gestione temporanea dell'azienda).

Come può facilmente notarsi, la legge prevede due modelli differenti di distribuzione del rischio contrattuale sulla base della condizione soggettiva dell'*accipiens*<sup>142</sup>, che finiscono per premiare il contraente in buona fede e sanzionare quello in mala fede, e per legare tali eventi non tanto alla gestione dell'azienda, ma piuttosto all'imputabilità o meno dell'inadempimento del contratto<sup>143</sup> o della condotta che ha portato alla stipulazione di un contratto invalido.

Si immagini la situazione in cui il cessionario, benchè in buona fede, si sia disinteressato della gestione dell'azienda successivamente alla stipulazione del contratto, deteriorando così il valore della stessa; accortosi della nullità del contratto (es. per vizio di forma) o di un inadempimento del cedente (es. mancato rilascio di garanzie espressamente pattuite) e avendo in gestione un bene che per sua colpa non è più economicamente redditizio – o addirittura perito – decide di agire in giudizio per far valere il vizio o lo scioglimento del contratto. Applicando l'art. 2037 c.c. all'esito della caducazione contrattuale, il cessionario sarebbe in grado di ricevere il pagamento del prezzo, mentre sarebbe esonerato da qualsiasi restituzione (nel caso di perimento) o comunque dalla restituzione di un'azienda non più produttiva (nel caso di deterioramento), salvo il limite del proprio arricchimento<sup>144</sup>. In sostanza, una situazione migliore da quella che sarebbe derivata in assenza del vizio contrattuale o dell'inadempimento del cedente, poiché consentirebbe al cessionario di trasferire il rischio della perdita o del deterioramento sul cedente.

---

vol. XVIII, Torino, 1987, p. 8, trattandosi di un *accipiens* in mala fede, dovrebbe essere quello della consegna.

<sup>142</sup> Come nota A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 153, "il criterio soggettivo adottato nell'indebito vale essenzialmente come misura dell'obbligazione restitutoria [...e] funge da criterio di accollo del rischio".

<sup>143</sup> Ne dà testimonianza anche M. MARTINO, *Risoluzione del contratto e retrocessione dell'azienda ceduta*, cit., p. 746.

<sup>144</sup> Il problema è ben sintetizzato – con riguardo in generale ai contratti a prestazioni corrispettive – da E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 527.

Su questa questione, e soprattutto su diverse soluzioni rispetto all'applicazione dell'art. 2037 c.c., si tornerà nel prossimo capitolo; quel che basta accennare in questa sede è che la norma in questione sembra sottendere un problema più ampio, e cioè il tema dell'allocazione del rischio delle perdite nel caso della restituzione di un bene che non può più essere restituito in *integrum*.

Ulteriori perplessità di compatibilità derivano dal rapporto tra l'applicazione della regola dettata in materia di indebito riguardante i rapporti con i terzi (art. 2038 c.c.) e quelle sulla retroattività verso i terzi proprio delle ipotesi di caducazione negoziale.

L'art. 2038 c.c. distingue anch'esso tra buona e mala fede dell'*accipiens*, e propone regole che fanno dipendere sia l'*an*, sia il *quantum* della prestazione da restituire dal comportamento di quest'ultimo.

La norma, nel tratteggiare regole che fanno salvi i diritti di terzi che acquistano dall'*accipiens indebiti*, propone soluzioni che confliggono con le regole contrattuali<sup>145</sup>, le quali, peraltro, adottano diversi regimi applicativi: mentre di norma la nullità travolge anche gli acquisti compiuti dal terzo<sup>146</sup>, l'annullamento (pur con vistose eccezioni) non retroagisce nei confronti di terzi<sup>147</sup>, e la risoluzione opera tendenzialmente *inter partes*, fatti salvi gli effetti dell'eventuale trascrizione della domanda<sup>148</sup>.

Si consideri il caso in cui il cessionario (B) abbia alienato<sup>149</sup> a un terzo (C) l'azienda ricevuta – o anche parte di essa – dal cedente (A). Tempo dopo, il contratto tra A e B viene caducato.

Le regole del Codice in materia di opponibilità della sentenza di nullità o di risoluzione dovrebbero condurre ai seguenti effetti:

---

<sup>145</sup> L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 22. Sul punto anche P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporto tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, cit., p. 34.

<sup>146</sup> Sono fatti salvi i casi dell'usucapione, della regola di cui all'art. 1153 c.c. o ancora del meccanismo della trascrizione sanante ai sensi dell'art. 2652, n. 6). Secondo E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 127 sarebbe proprio il tema dell'inopponibilità ai terzi subacquirenti dell'*accipiens* "il maggior ostacolo ad un coordinamento della disciplina della nullità con il sistema degli artt. 2033-2040".

<sup>147</sup> Su tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 819 ss.

<sup>148</sup> Ancora, secondo V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 817, la nullità "azzerà ex tunc i trasferimenti programmati dal contratto" e p. 884 per cui la risoluzione "è non retroattiva rispetto ai terzi, ovvero [...] non pregiudica i diritti acquistati dai terzi".

<sup>149</sup> Il termine "alienazione" contenuto nell'art. 2038 c.c. è da intendersi in senso estensivo, tale da ricomprendere ogni atto di disposizione in generale: cfr. E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 470.

(a) la sentenza che dichiara la nullità del contratto tra A e B sarebbe opponibile al terzo C, e il cedente A potrebbe agire in rivendicazione per ottenere nuovamente l'azienda, salvi gli eventuali effetti dell'acquisto da parte del terzo;

(b) nel caso di annullamento – sempre che non dipenda da incapacità legale – l'art. 1445 c.c. limita la possibilità di opporre la sentenza ai terzi, escludendo tale previsione nell'ipotesi in cui questi acquistino a titolo oneroso e in buona fede;

(c) infine, nell'ipotesi di risoluzione, la sentenza non sarebbe opponibile al terzo C, fatta salva l'ipotesi della trascrizione.

Come può facilmente notarsi, si raggiungono esiti del tutto difformi rispetto alla previsione della norma dettata in materia di indebito, poiché l'art. 2038 c.c. basa il regime delle restituzioni sul carattere di buona o mala fede dell'accipiens/cessionario (B).

Quando il cessionario B è in buona fede, gli scenari che si possono presentare sono tre:

(i) B ha alienato a titolo gratuito in favore di C; in questo caso A ha diritto alla ripetizione nei confronti del terzo acquirente C, il quale è obbligato nei limiti del suo arricchimento nei confronti di colui che ha pagato l'indebito<sup>150</sup>.

(ii) B ha alienato ad un prezzo inferiore a quello pagato ad A; e in questo caso, A ha diritto solamente al corrispettivo ricevuto da B, mentre C fa salvo il proprio acquisto<sup>151</sup>.

(iii) B ha alienato ad un prezzo superiore a quello pagato ad A; e anche in questo caso, mentre C fa salvo il proprio acquisto, B sarebbe tenuto a restituire ad A il corrispettivo conseguito per la propria vendita (comprensivo, dunque, anche del lucro).

In dottrina, si è così rilevato che la regola si presterebbe ad una generalizzazione, per cui “in ogni ipotesi in cui A esegue nei confronti di B una prestazione senza causa, e l'arricchimento che ne deriva viene conseguito da un terzo C in base a un titolo oneroso proveniente da B, è esclusa un'azione di A contro C”<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Cfr. M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., p. 408; E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 486. E' superfluo sottolineare che il *solvens* rimarrà obbligato a restituire il corrispettivo nei confronti della propria controparte originaria (nel nostro esempio “B”).

<sup>151</sup> In altri termini: se il corrispettivo del primo atto di disposizione tra A e B è superiore al secondo atto tra B e C, il *solvens* A subisce una perdita, potendo egli recuperare solo “il corrispettivo conseguito” da B: cfr. E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 184.

<sup>152</sup> Sintetizza così, P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 90 s. Il fatto che la legge consenta al *solvens* di agire direttamente contro il terzo per il conseguimento del corrispettivo ancora

Quando invece l'*accipiens* è in mala fede, gli scenari che si possono presentare sono:

(iv) B ha alienato a titolo gratuito in favore di C; la soluzione proposta dal secondo comma dell'art. 2038 c.c. è identica a quella prospettata per il caso di alienazione a titolo gratuito fatta dall'*accipiens* di buona fede: dunque, A può esigere la prestazione direttamente nei confronti di C, che rimane obbligato nei limiti del proprio arricchimento;

(v) B ha alienato a titolo oneroso in favore di C; in questa ipotesi, si apre un ventaglio di possibilità per A, il quale può a sua scelta esigere la restituzione della prestazione in natura dal terzo C oppure pretendere il pagamento della maggior somma tra il valore della cosa e il corrispettivo conseguito<sup>153</sup>; dunque, l'*accipiens* B subisce “il rischio che l'eventuale *surplus* rispetto al valore del bene ottenuto tramite la seconda alienazione venga accaparrato dall'originario contraente”<sup>154</sup>.

Nei casi (ii) e (iii) l'applicazione dell'art. 2038 c.c. può determinare in capo al *solvens* che agisce per la risoluzione del contratto un lucro o una perdita a seconda del comportamento tenuto dall'*accipiens*, che diventa il vero “arbitro” delle restituzioni<sup>155</sup>.

Parimenti, si discute sull'opportunità della reversione dell'eventuale profitto dell'*accipiens* al *solvens*, riscontrabile nei casi (iii) e (v). Sulla base di considerazioni di carattere sistematico, sarebbe opportuno applicare un correttivo che sia ispirato al principio di ingiustificato arricchimento, per impedire al *solvens*, appunto, di conseguire un lucro derivante da un comportamento altrui<sup>156</sup>, e lasciare in capo all'*accipiens* il profitto<sup>157</sup>.

---

dovuto (art. 2038, comma 1, c.c.) non configura un'azione di arricchimento, ma una semplice surrogazione.

<sup>153</sup> Cfr. P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 63.

<sup>154</sup> Come osserva E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 184.

<sup>155</sup> Così L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 23, per cui “la mera trasposizione delle norme relative alla ripetizione dell'indebito” comporta che l'esito delle restituzioni sia una diretta dipendenza delle scelte e del comportamento tenuto dall'*accipiens*.

<sup>156</sup> E' l'opinione di P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 64 ss. e di E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 471.

<sup>157</sup> Sul punto, cfr. anche E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 186, la quale tuttavia chiarisce che tale posizione è stata oggetto di recenti critiche da parte di chi ritiene che il corrispettivo della *res* e “respinge ogni correzione in senso patrimoniale della disciplina dell'art. 2038 c.c. (cfr. A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 119) e chi invece ritiene che la fonte da cui trarre il divieto di reversione del profitto al *solvens* sia da individuare nella gestione di affari altrui e non nella disciplina di cui all'art. 2041 c.c. (cfr. P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, p. 119 ss.).

Per sintetizzare, non pare corretto far dipendere la reintegrazione dell'originario titolare di un valore poi perduto a causa di un atto di trasferimento dell'*accipiens* dallo stato di buona o mala fede di quest'ultimo, né dalla tipologia della seconda alienazione (onerosa o gratuita)<sup>158</sup>, poiché estranea alla logica prevista dai singoli rimedi contrattuali. Se tale distinzione può (parzialmente) riscontrarsi per l'ipotesi dell'annullamento del contratto, in cui, salvo il caso dell'incapacità, l'opponibilità della sentenza al terzo può essere fatta valere quando il terzo acquista a titolo gratuito oppure a titolo oneroso ma in mala fede, ciò non accade con riferimento all'opponibilità della nullità<sup>159</sup> e della risoluzione del contratto, che operano secondo principi del tutto diversi e divergenti tra loro.

Infine, è opportuno far riferimento all'ipotesi in cui il valore dell'azienda sia accresciuto, *medio tempore*, per un'efficiente gestione da parte del cessionario.

Nella disciplina dell'indebito, la questione è trattata dall'art. 2040 c.c.<sup>160</sup>, che rinvia espressamente agli artt. 1149-1152 c.c. dettati in materia di possesso: da queste disposizioni si ricavano regole che pongono in capo all'*accipiens* il diritto ad una controprestazione rispetto alla pretesa restitutoria del *solvens*, che deriva dal fatto che quest'ultimo vedrebbe tornare nel proprio patrimonio un bene il cui valore è aumentato grazie ad interventi (es. riparazioni, miglioramenti, addizioni o spese) effettuati dall'*accipiens* medesimo.

Così, in ipotesi, se nel periodo che intercorre tra la conclusione del contratto e la sua caducazione il cessionario dell'azienda ha sostituito un vecchio macchinario con uno nuovo, migliorato l'efficienza energetica degli impianti produttivi o acquistato un nuovo capannone per lo stoccaggio della merce, la pretesa del cedente al momento della restituzione dell'azienda dovrà essere controbilanciata con un indennizzo per le migliorie apportate dal temporaneo gestore dell'azienda.

La norma pone tuttavia gli stessi problemi poc'anzi menzionati, poiché il *quantum* della pretesa che può essere fatta valere dall'*accipiens*/cessionario d'azienda

---

<sup>158</sup> Cfr. sul punto V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 884, per cui “per la salvezza del diritto acquistato è indifferente la buona o mala fede del terzo, così come la natura onerosa o gratuita dell'acquisto (il che segna un notevole scarto dal regime di opponibilità dell'annullamento)”.

<sup>159</sup> Ancora, secondo V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 818, la nullità “verso i terzi distrugge gli acquisti che costoro abbiano compiuto contrattando con chi aveva a sua volta acquistato in base ad un contratto nullo: anche se i terzi abbiano acquistato in buona fede; anche se i terzi abbiano trascritto il loro acquisto prima della trascrizione della domanda di accertamento della nullità”.

<sup>160</sup> Definita “una norma in bianco” da E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 565.

viene a modularsi diversamente in funzione della buona o mala fede ascrivibile a quest'ultimo: ne deriva che solo quello di buona fede sarebbe titolare di un indennizzo da corrispondersi in rapporto all'aumento di valore dell'azienda conseguito per effetto dei miglioramenti, mentre quello di mala fede potrebbe pretendere solo la minor somma tra l'importo della spesa sostenuta e l'aumento di valore (cfr. art. 1150 c.c.).

Ancora una volta, sembra che il riferimento alla condizione soggettiva delle parti non soddisfi pienamente, in quanto rischia di sovrapporre il giudizio circa l'imputabilità del rimedio caducatorio con l'aver intrapreso iniziative economiche che sono esclusivamente volte al miglioramento dell'azienda; in altre parole, l'applicazione dell'art. 2040 c.c. rischia di "sanzionare" il cessionario che, benchè inadempiente nei confronti del cedente, si sia comunque speso per accrescere il valore dell'azienda.

I due profili sembrano muoversi su piani diversi, che necessitano di un maggiore coordinamento. Il tema sarà ripreso nel successivo capitolo, per comprendere in concreto come operi l'ipotesi di una restituzione dell'azienda aumentata di valore rispetto a quella che era originariamente circolata.

#### *8. Caducazione del contratto di cessione d'azienda, retroattività e restituzioni.*

Le criticità emerse nei paragrafi precedenti con riferimento all'applicazione della disciplina dell'indebito al tema delle restituzioni contrattuali – qui, peraltro, confermate anche con riguardo alla restituzione dell'azienda – hanno spinto la dottrina ad interrogarsi su possibili ricostruzioni alternative su un piano generale.

In particolare, le critiche più serrate hanno riguardato una pretesa "incompatibilità strutturale"<sup>161</sup> tra la disciplina dell'indebito e il regime delle impugnazioni negoziali, che riguarda il fenomeno retroattivo ascrivibile alla nullità e alla risoluzione; così, sarebbe compromesso l'operare retroattivo delle pronunce demolitorie laddove gli obblighi restitutori fossero ampliati o limitati in base allo stato

---

<sup>161</sup>A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, cit., p. 541. Parla di "risultati aberranti e contraddittori" P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporto tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, cit., p. 30.

soggettivo delle parti<sup>162</sup>. In altri termini, non pare razionale un ordinamento che da un lato predica il ripristino dello *status quo ante* rispetto alle contrattazioni negoziali e, dall'altro, alleggerisce o aggrava i fenomeni restitutori sulla base di valutazioni soggettive (di buona o mala fede) dell'*accipiens*.

A ciò deve aggiungersi un'ulteriore considerazione, che sarà oggetto di approfondimento nei successivi paragrafi: la disciplina dell'indebito sconta il problema di considerare la pretesa restitutoria del *solvens* verso l'*accipiens* come una prestazione isolata, in sé considerata<sup>163</sup>, mentre nell'ipotesi della cessione d'azienda (ma il ragionamento potrebbe estendersi anche per altri contratti che prevedono prestazioni corrispettive) le obbligazioni restitutorie si inseriscono all'interno di un più ampio rapporto contrattuale, in cui la corrispettività viene – a certe condizioni – ad esistere anche nel momento della caducazione.

E così, di fronte ad un'obbligazione del cedente (tipicamente, la restituzione del prezzo pagato dal cessionario) sempre possibile, quella del cessionario (cioè: la restituzione dell'azienda) si troverebbe ad affrontare il problema di una sua intrinseca variabilità (specie con riferimento al *quantum*), al punto che si potrebbe giungere addirittura all'esito per cui il cessionario di buona fede potrebbe essere esonerato da qualsiasi restituzione salvo il suo eventuale arricchimento quando l'azienda *medio tempore* è perita (art. 2037, comma 3, c.c.), potendo tuttavia ricevere dal cedente il prezzo pagato.

Infine, merita un cenno anche il problema che riguarda i rapporti pendenti (contratti, crediti e debiti) assunti *medio tempore* dal cessionario. A meno di non voler trattare tali elementi alla stregua di “deterioramenti” o “miglioramenti” che ineriscono all'azienda – e dunque fare applicazione degli artt. 2037 e 2040 c.c., con tutte le conseguenze (negative) appena delineate –, la disciplina dell'indebito non sembra essere sufficiente per risolvere il problema circa la sorte che tocca tali rapporti nel momento in cui l'azienda retrocede al cedente a seguito della caducazione contrattuale.

---

<sup>162</sup> Sempre P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporto tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, cit., p. 30.

<sup>163</sup> E infatti, solo alla luce di questa considerazione assumono una connotazione razionale gli artt. 2037 e 2038 c.c.; cfr. anche P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., p. 154 s.



Non serve ribadire la necessità di trovare soluzioni a questo fondamentale problema, che costituisce una delle principali conseguenze della dinamicità a cui soggiace il complesso produttivo<sup>164</sup>.

Constatata una generale inadeguatezza dell'attuale sistema<sup>165</sup>, il discorso necessita di tornare su un piano più generale.

È da tempo avvertito in dottrina<sup>166</sup> che le restituzioni non debbano essere considerate come qualcosa di “estern[o] al perimetro dei rimedi contrattuali”<sup>167</sup>, ma che al contrario esse debbano essere considerate come parte integrante delle stesse impugnazioni negoziali che sottendono regole e finalità divergenti; sotto questo aspetto, l'idea che il sistema della ripetizione dell'indebito sia da coordinare con la disciplina propria del rimedio negoziale non è nuova e già sotto la vigenza del Codice civile del 1865 parte della dottrina distingueva tra le pretese restitutorie derivanti da invalidità o sopravvenuta inefficacia del contratto<sup>168</sup>.

In altri termini, “il ricorso all'azione di ripetizione dovrebbe consentire, sul piano (degli effetti) dell'esecuzione, il raggiungimento dello stesso risultato che l'azione di invalidità [o di risoluzione] determina sul piano degli effetti del negozio”.<sup>169</sup>

Ciò si riscontra, per esempio, in tema di nullità di protezione, ove l'asimmetria delle restituzioni delle prestazioni è espressione di una tutela del contraente più debole<sup>170</sup> e viene considerata parte integrante del rimedio demolitorio stesso<sup>171</sup>.

---

<sup>164</sup> Al tema sarà dedicata la seconda sezione del terzo capitolo del presente elaborato.

<sup>165</sup> G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 948 e L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 49.

<sup>166</sup> G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 69 ss. In termini simili, P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, cit., p. 18, ove la constatazione che sarebbe stato più razionale considerare i rimedi per la mancanza di causa della prestazione entro l'ambito della disciplina del rimedio stesso; l'A. cita, *sub* n. 16, App. Bologna, 08.06.1448, in *Foro pad.*, c. 643, che aveva qualificato l'azione di ripetizione come una vera e propria azione di nullità.

<sup>167</sup> M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, cit., p. 1123.

<sup>168</sup> Si veda R. NICOLÒ, *Adempimento dell'obbligo altrui*, Roma-Napoli, 1978 (rist.), p. 204; E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 124 s.

<sup>169</sup> Il punto è chiarissimo in P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, cit., p. 30.

<sup>170</sup> Sul punto, A. MANIACI, *Restituzioni e sanzioni civili indirette*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 338 ss., p. 342.

<sup>171</sup> In generale, cfr. M. MANTOVANI, *Le nullità ed il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, *Rimedi - I*, a cura di A. GENTILI, Milano, 2006, p. 102; anche L. CAMPAGNA, *I “negozi di attuazione” e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, p. 202 ss.

Il tema è stato di recente ripreso alla luce di Cass., SS.UU., 04.11.2019, n. 28314, in *I Contratti*, 2020, p. 11 ss. con nota di S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”)*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 176 ss. con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni Unite e le nullità*

La questione è affrontata anche sul terreno della risoluzione: se la linea di pensiero tradizionale vede la risoluzione come una netta cesura tra il contratto e gli effetti conseguenti, tale per cui le obbligazioni restitutorie non sarebbero vincolate l'una all'altra, sono presenti anche diverse impostazioni, per cui “la ‘logica’ sinallagmatica che pervade la disciplina del contratto governa anche il regime delle restituzioni”<sup>172</sup>.

Così, se le restituzioni non si atteggiavano come un *posterius* del rimedio negoziale – ma ne costituiscono una componente integrante – si può affermare che la loro disciplina (sia essa desumibile dalla ripetizione dell'indebitum o altrove nel Codice) si possa cercare di adattare alle finalità proprie dello strumento di rimozione del contratto, anziché essere totalmente slegate ad esse, in una logica autonoma.

Ma questo discorso richiama la necessità di effettuare un passo indietro, e cioè indagare in quale rapporto si ponga la pretesa restitutoria rispetto la rimozione (*ex tunc*) degli effetti del contratto derivante dalla pronuncia di caducazione.

Più sinteticamente, i rapporti tra retroattività e restituzioni.

### 9. Restituzioni e retroattività. Il problema dell'azienda.

Quando il contratto diviene inefficace – tanto *ab origine*, quanto a seguito di eventi sopravvenuti<sup>173</sup> – si ricorre alla categoria della retroattività (o della irretroattività) per valutarne gli effetti sul piano restitutorio<sup>174</sup>: così, se *medio tempore*

---

*selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*. Le Sezioni Unite sono giunte alla conclusione che la nullità di protezione derivante da contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento (art. 23 d.lgs. 24.02.1998, n. 58), in deroga agli artt. 1421 e 1422 c.c. opera sul piano della legittimazione processuale e degli effetti sostanziali solo in favore dell'investitore, così che l'intermediario non può valersi degli effetti della nullità e non è legittimato ad agire in via riconvenzionale (o autonoma) per la ripetizione dell'indebitum ai sensi dell'art. 1422 e 2033 c.c., potendo quest'ultimo solamente opporre un'eccezione di buona fede idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta solo in relazione ad alcuni ordini ove gli investimenti abbiano prodotto vantaggi economici per l'investitore.

<sup>172</sup> Così M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., p. 393, ma sul punto si tornerà ampiamente *infra*, § 10.

<sup>173</sup> La giurisprudenza italiana equipara la mancanza originaria di una *causa solvendi* a quella sopravvenuta: cfr. Cass. 21.07.1979, n. 4398; Cass. 24.11.1981, n. 6245; Cass. 13.04.1995, n. 4268.

<sup>174</sup> E infatti “la retroattività comporta che le prestazioni già eseguite [...] debbano essere restituite”, come afferma M. AMBROSOLI, *Le restituzioni nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., p. 157; quanto al contratto nullo, si veda, per esempio, V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, in *Il Codice civile. Commentario* fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2015, p. 55. D'altronde, in un ordinamento come il nostro, improntato al divieto di arricchimento senza causa, l'operare retroattivo corrisponde “al comune sentire delle persone, giacché

il contratto ha avuto esecuzione, lo scopo che si prefigge l'ordinamento è quello di reintegrare un soggetto nella sua situazione patrimoniale anteriore agli (indebiti) spostamenti poi realizzatisi sul piano fattuale<sup>175</sup>.

“Retroattività”<sup>176</sup> significa che le prestazioni devono essere considerate *ab initio* come prive di causa, ma il termine non esprime alcun giudizio sulle conseguenze imposte ai contraenti<sup>177</sup>. Spesso, è lo stesso Codice civile che parla di retroattività con riferimento ad ipotesi di inefficacia del negozio: così accade, per esempio, con riguardo all'avveramento della condizione risolutiva (art. 1360 c.c.); alla risoluzione per inadempimento (art. 1458 c.c.) e, per rinvio, alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.).

Pur non essendo citata espressamente, non si hanno dubbi ad assegnare tale caratteristica anche al negozio nullo – anzi, a ben vedere per questi negozi non sarebbe neppure concepibile una vera e propria esecuzione<sup>178</sup> – e al negozio annullato, che perde anch'esso gli effetti retroattivamente<sup>179</sup>.

Talvolta, poi, la retroattività viene doppiamente declinata, in senso oggettivo o soggettivo<sup>180</sup>: nel primo caso essa non opera con riguardo ad alcune tipologie di contratti<sup>181</sup>, mentre nel secondo essa soccombe di fronte ai terzi subacquirenti, laddove siano rispettate le regole sulla trascrizione (es. artt. 1445, 1452 e 1458, comma 2, c.c.).

---

chi non ha avuto ciò che gli spetta pretende la restituzione di ciò che abbia dato”, come enfatizza G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 673.

<sup>175</sup> O, come afferma A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1990, p. 205, ripristinare “la composizione qualitativa del patrimonio dei contraenti alla stipulazione del contratto”. In questo, è opportuno segnalarlo, si manifesta la fondamentale differenza tra l'azione restitutoria e l'azione risarcitoria: la prima ha per esclusivo oggetto la ripetizione di quanto prestato in occasione di un contratto poi caducato, mentre la seconda attribuisce al creditore la riparazione delle ulteriori conseguenze pregiudizievoli che siano derivate dalla stipulazione del contratto.

<sup>176</sup> G. TATARANO, voce *Retroattività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 83 ss.

<sup>177</sup> In questo senso si esprime A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 255; U. CARNEVALI, *commento sub art. 1458 c.c.*, in L. NANNI, M. COSTANZA, U. CARNEVALI, *Risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007, p. 110.

<sup>178</sup> Secondo l'insegnamento “*quod nullum est, nullum producit effectum*”, come afferma D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., p. 5.

<sup>179</sup> Il carattere retroattivo è invece più sfumato nelle cd. “nullità speciali”, dove all'operatività di una legittimazione attiva relativa si affiancano spesso considerazioni volte a restringere il campo della retroattività: cfr. V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, p. 199 ss.; S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 931 ss.

<sup>180</sup> Come osserva E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 6 s.

<sup>181</sup> È il caso dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, in cui la retroattività non opera per le prestazioni che sono già state eseguite dalle parti e che possono essere poste in stretto rapporto

Apparentemente, e fatti salvi i limiti appena esposti, sembra che il Codice civile tratti l'inefficacia originaria e sopravvenuta come produttive delle stesse conseguenze sul piano restitutorio, accogliendo una concezione di "retroattività forte", che impone la cancellazione del negozio, come se non fosse mai esistito per l'ordinamento giuridico<sup>182</sup>.

Quando la prestazione dedotta in un contratto è materialmente restituibile (es. denaro o quantità di cose generiche fungibili), il fenomeno della retroattività sembrerebbe di per sé sufficiente ad assorbire il problema delle restituzioni: anche di fronte alla consumazione o al perimento della cosa consegnata, è sempre possibile – in astratto – la restituzione di beni della stessa quantità e dello stesso genere (es. un quintale di grano, una fornitura di 100 tubi di palline da tennis di una certa marca ecc.).

Si tratta, tuttavia, di una considerazione solo apparente, perché la semplice restituzione della prestazione originariamente dedotta in contratto non sempre è sufficiente a riportare le parti nello *status quo ante*: basti pensare agli effetti che, *medio tempore*, possono verificarsi sulle prestazioni o sul loro valore (svalutazioni monetarie, variazioni di prezzo, deterioramenti ecc.).

In sostanza, "anche quando la restituzione [in natura] è possibile, [...] la retroattività – almeno se intesa come regola funzionale a riportare le parti nello stato in cui si sarebbero trovate se non avessero eseguito la prestazione – può incontrare il limite interno dell'irreversibile mutamento della situazione di fatto"<sup>183</sup>.

Limiti ulteriori si riscontrano quando vi è l'impossibilità della *restitutio in idem corpus* della prestazione, che può dipendere sia dalla natura della stessa (es. di fare o di lasciar godere), sia da circostanze sopravvenute che non consentono la restaurazione

---

l'una con l'altra. Sul punto, si veda S. PAGLIANTINI, *La risoluzione nei contratti di durata*, Milano, 2006; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 768 ss. Ancora, la retroattività degli effetti della condizione risolutiva sono limitati dall'operare dell'art. 1360, comma 2, c.c.; analogamente, se il contratto è annullabile e colui che sarebbe legittimato all'azione di annullamento esegue volontariamente la prestazione pur conoscendo il motivo di invalidità, il contratto si reputa convalidato ai sensi dell'art. 1444, comma 2, c.c. e non si potrà agire per la ripetizione di quanto pagato: sul punto cfr. anche A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 419.

<sup>182</sup> Cfr. E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 10. Per G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 685 ss., la retroattività della risoluzione si atteggia come uno strumento di "radicale eliminazione" e "annientamento" del contratto.

<sup>183</sup> Come chiosa E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 21, secondo la quale possono poi verificarsi tra il momento della conclusione del contratto e quello della restituzione incrementi patrimoniali per l'*accipiens* (es. frutti), o decrementi dovuti alla gestione della cosa oggetto poi di restituzione (es. spese di gestione).

dello stato originario<sup>184</sup>, siano esse imputabili o meno ai contraenti<sup>185</sup>; e in questo caso, accanto al problema circa la determinazione della pretesa restitutoria, si aggiungono considerazioni da farsi con riferimento alla controprestazione rimasta possibile<sup>186</sup>.

Applicata alla caducazione del contratto con cui l'azienda era circolata, la "retroattività forte" avrebbe come scopo quello di eliminare qualsiasi interferenza gestoria intervenuta per opera del cessionario, per far tornare l'azienda al cedente nella medesima composizione, qualitativa e quantitativa, che era stata originariamente alienata.

Questa soluzione, apparentemente in linea con l'idea tradizionale per cui entrambi i rimedi della nullità e della risoluzione devono rimuovere gli effetti giuridici *medio tempore* riprodotti, si scontra inevitabilmente con la realtà dinamica dell'azienda, tale per cui essa costituisce lo strumento con il quale viene condotta un'attività imprenditoriale che – ovviamente – è destinata ad incidere su una serie di soggetti che vengono a contatto con tale realtà<sup>187</sup>.

In altre parole, se il ripristino dello *status quo ante* a cui le restituzioni contrattuali devono tendere può essere raggiunto laddove venga alienato un bene insuscettibile di modificazioni (es. un capo di abbigliamento, un automobile, un immobile anche), laddove si sia in presenza di una cessione di azienda l'idea di riportare il cedente e il cessionario nella situazione anteriore a quella della stipulazione del contratto appare pressoché irrealizzabile<sup>188</sup>.

Così, si deve prendere consapevolezza che la domanda di restituzione dell'azienda non è tanto la domanda della restituzione del complesso di beni

---

<sup>184</sup> E tale circostanza può dipendere tanto da circostanze naturali (es. perimento o trasformazione della *res*), sia da circostanze giuridiche (es. un atto dispositivo di alienazione a un terzo in buona fede, la sopravvenuta incommerciabilità del bene): cfr. ancora E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 23, che richiama il classico esempio, noto al diritto romano, della vendita dello schiavo che al momento dell'azione redibitoria non può essere restituito perché era sopraggiunta la sua morte mentre si trovava presso il compratore.

<sup>185</sup> In questo senso, la fattispecie restitutoria rischia di sovrapporsi al tema della responsabilità gravante sul contraente. In questa sede si può rinviare a M. DELLACASA, *Restituzione e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 1120 ss., p. 1124 s., e a A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 304 ss.

<sup>186</sup> Cfr. E. BARGELLI, "Sinallagma rovesciato" e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale, cit., p. 93.

<sup>187</sup> Il problema è sintetizzato da C. SCIUMÈ, *Restituzioni e cessione d'azienda*, cit., p. 297.

<sup>188</sup> Lo conferma, proprio con l'esempio del contratto di cessione d'azienda, P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., p. 157.

originariamente circolato, ma piuttosto quella della sua composizione attuale<sup>189</sup>, e cioè nel momento in cui sorge l'obbligazione restitutoria.

A ben vedere, su un piano più generale, la dottrina – già da tempo<sup>190</sup> – concorda sul fatto che l'eliminazione degli effetti del contratto sia una *fiction iuris*<sup>191</sup>, giacché l'effetto liberatorio non è mai totale per le parti<sup>192</sup>: indipendentemente dalla caducazione, talora ad essa si affiancano infatti ulteriori conseguenze “la cui funzione non è elidere, ma tutelare (e talvolta conservare) i valori espressi dalle parti nel rapporto sinallagmatico”<sup>193</sup>.

Talvolta è la volontà delle parti che si indirizza in questo senso: ciò accade, per esempio, laddove all'interno del contratto vi siano pattuizioni destinate ad avere efficacia proprio nel momento in cui si verifica l'evento perturbativo del contratto. Seguendo questo schema, clausole come quella penale, compromissoria o di elezione di un foro esclusivo non vengono travolte dall'operare del rimedio contrattuale, ma al contrario esse vincolano le parti proprio nel momento in cui si verificano tali circostanze<sup>194</sup>; gli esempi si possono moltiplicare con riferimento ad ulteriori obblighi che si attivano in concomitanza con la patologia contrattuale<sup>195</sup>. A queste stesse conclusioni, peraltro, sono giunti anche fonti di derivazione internazionale ed europea,

---

<sup>189</sup> P. GRECO, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 170.

<sup>190</sup> In Italia, i primi contributi volti al superamento del dogma della retroattività del contratto sono risalenti; seppur con riferimento all'istituto della condizione, si veda A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 243; A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile della teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975. Il tema è molto approfondito in Francia: tra i molti studi, si veda F. GARRON, *La caducité du contrat*, Aix-en-Provence, 2000; C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Paris, 2004.

<sup>191</sup> E “tutte le costruzioni fondate su finzioni sono sospette”: cfr. B. SCHMIDLIN, *La caducità del contratto e le azioni di restituzioni: il contratto risolto: caduco o sopravvivate?*, in L. VACCA (cur.), *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, cit., p. 165 s., si veda anche L. GUERRINI, *Rimedi contrattuali e restituzioni nel novellato Code Civil: una deludente restaurazione*, cit., p. 646, con particolare riguardo alla risoluzione. Ancora, F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1968, p. 190.

<sup>192</sup> Lo confermano P. TRIMARCHI, *Il contratto. Inadempimento e rimedi*, cit., p. 72 e G. CIAN, *Di alcune aporie nel sistema codicistico della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1149 ss., p. 1153.

<sup>193</sup> Così L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, p. 53.

<sup>194</sup> E ciò a prescindere dal dibattito circa la causa autonoma che sorreggerebbe tali clausole: con riguardo alla clausola compromissoria, cfr. Cass. 12.05.2005, n. 7535, per cui la stessa non costituirebbe un accessorio del contratto a cui accede, ma avrebbe una propria individualità e autonomia distinta da quella del contratto stesso; su analoghe posizioni, Cass. 20.06.2000, n. 8376. Con riferimento alla clausola penale, si veda A. MAZZAGÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 190, che evidenzia l'autonomia causale di tale clausola rispetto al negozio cui accede; in giurisprudenza, Cass. 26.06.2002, n. 9295.

<sup>195</sup> Come, per esempio, clausole sull'onere della prova, sull'esonero della responsabilità, sull'interpretazione del negozio o sull'obbligo di riservatezza: cfr. ancora L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit. p. 57.

che esprimono regole volte ad evitare l'integrale caducazione del regolamento contrattuale, per far salve clausole sulla soluzione delle controversie e sugli effetti dell'inefficacia<sup>196</sup>.

D'altronde, come è stato correttamente osservato, si assisterebbe ad un vero paradosso se proprio quelle regole che le parti hanno voluto nell'ottica di una futura lite fossero travolte dal fenomeno retroattivo<sup>197</sup>.

Non deve quindi destare stupore un ordinamento che da un lato predica come regola generale il ripristino dello *status quo ante* ma, dall'altro, a certe condizioni pone dei limiti allo stesso operare retroattivo della pronuncia caducatoria.

Occupandoci ora separatamente dell'ipotesi dell'invalidità e della risoluzione, si dimostrerà come l'ordinamento non sempre considera le restituzioni come strumento con cui eliminare gli effetti del contratto.

### 9.1. Invalidità, retroattività e restituzioni.

Con l'esperimento dell'azione di nullità si rimuovono *ex tunc* gli effetti del negozio, poiché l'atto è radicalmente inidoneo a realizzare l'assetto degli interessi che era presente nelle intenzioni delle parti<sup>198</sup>.

L'eliminazione del contratto porta con sé la considerazione che deve essere cancellata ogni traccia dell'operazione posta in essere dalle parti<sup>199</sup>; e che le prestazioni

---

<sup>196</sup> Si veda in proposito l'art. 81 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), per cui "[The] Avoidance does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes or any other provision of the contract governing the rights and obligations of the parties consequent upon the avoidance of the contract"; l'art. 7.3.5 del Principi Unidroit (2010) per cui "la risoluzione non ha effetto sulle clausole del contratto relative alla composizione delle controversie o su qualunque altra clausola del contratto che debba essere operativa anche dopo la risoluzione. Nel medesimo senso si pongono anche i progetti normativi per l'unificazione del diritto privato europeo (Draft Common Frame of Reference), che all'art. III.-3:510 afferma che "*Termination does not, however, affect any provision of the contract for the settlement of disputes or other provision which is to operate even after termination*".

<sup>197</sup> R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 2004, p. 669.

<sup>198</sup> Gli studi sulla nullità del contratto sono numerosissimi. Si cita, solo a titolo esemplificativo, M. MANTOVANI, *Le nullità ed il contratto nullo*, cit.; V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, cit. In chiave europea, V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, cit., per cui l'invalidità del contratto "denuncia scarto tra l'essere e il dover essere del contratto" (corsivo originale).

<sup>199</sup> Così, se il contratto non è ancora stato eseguito "la nullità frustra le aspettative delle parti che lo hanno stipulato, impedendo la produzione degli effetti tipici" previsti dalle parti: cfr. V. FRANCESCHELLI, *La nullità del contratto*, cit., p. 57. D'altronde, lo si ripete ancora, "il canone *quod*

che erano state eseguite debbano essere integralmente restituite<sup>200</sup>, per riportare le parti (non solo idealmente) nella condizione anteriore alla stipulazione del contratto; in altre parole, la nullità del contratto determina automaticamente un obbligo restitutorio in capo all'*accipiens* della prestazione con riguardo al bene che la *traditio* ha solo spostato da una sfera di influenza ad un'altra, senza tuttavia una idonea giustificazione giuridica<sup>201</sup>.

La nullità incide anche sui diritti dei terzi; tradizionalmente si insegna che essa è opponibile ai soggetti aventi causa dell'acquirente, "i cui acquisti sono [così] pregiudicati insieme all'intera vicenda circolatoria, in attuazione del principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*"<sup>202</sup>.

Le conseguenze restitutorie che derivano dalla pronuncia di nullità sono assimilate a quelle della pronuncia di annullamento, benchè quest'ultima operi diversamente; anche con i riguardo ai terzi che, se in buona fede e se la causa di annullamento non dipende da incapacità legale, possono far salvi i propri acquisti avvenuti a titolo oneroso<sup>203</sup>.

Applicando questi principi al contratto di cessione d'azienda, si imporrebbe al cessionario la restituzione dell'azienda nella stessa identica composizione in cui essa era originariamente circolata, travolgendo anche tutti gli eventuali diritti di terzi che, *medio tempore*, hanno contrattato con lo stesso cessionario nell'interesse dell'azienda. Così, in ipotesi, dovrebbero giudicarsi inefficaci – quali acquisti *a non domino* – gli atti dispositivi dei beni facenti parte del compendio produttivo (es. l'alienazione di un macchinario o di un marchio), o dovrebbe essere pretesa la rimozione di ogni elemento estraneo rispetto a quanto era stato oggetto della circolazione di progresso (es. nuove scorte di materie prime; l'assunzione di nuovi lavoratori ecc.).

---

*nullum est, nullum producit effectum* costituisce uno dei pilastri della disciplina del contratti", come afferma D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., p. 5, benchè esso non sia esplicitamente previsto all'art. 1418 c.c., ma solo supposto dall'art. 1424 c.c.

<sup>200</sup> In questo modo, secondo E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 231, si realizzano due finalità: da un lato l'obbligazione restitutoria "rafforza la *ratio* della causa di inefficacia", in quanto scoraggia le parti dal concludere contratti invalidi; dall'altro "conferisce al *solvens* uno strumento di tutela" nell'ipotesi in cui abbia adempiuto ad una prestazione non dovuta sul piano giuridico.

<sup>201</sup> In questi termini, P. BARCELONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, cit., p. 29.

<sup>202</sup> Testualmente, M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 99.

<sup>203</sup> Su tutti, G. MARINI, *Il contratto annullabile*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, vol. IV, *Rimedi - I*, a cura di A. GENTILI, Milano, 2006, cit., p. 307 ss., p. 387 s.



Da una rapida lettura delle disposizioni del Codice civile si scorgono deroghe al principio dell'integralità della restituzione, in cui l'operare retroattivo della pronuncia che rimuove gli effetti del contratto viene messo in discussione quando si è di fronte ad interessi – giudicati preminenti – da salvaguardare.

Così accade per esempio nelle ipotesi di prestazione effettuata a una persona incapace e di quella riguardante le prestazioni contrarie a buon costume.

La prima eccezione è fornita dall'art. 1443 c.c. e dall'art. 2039 c.c., dettate rispettivamente in tema di annullamento del contratto e di ripetizione dell'indebito<sup>204</sup>, da cui si ricava il principio per cui il contraente incapace non è tenuto a restituire la prestazione da lui ricevuta, se non limitatamente a ciò che è stato volto a suo vantaggio<sup>205</sup>. Si tratta di una disposizione che si applica a qualsiasi tipo di prestazione e a prescindere dal fatto che l'altro contraente sia (stato) in grado di restituire all'incapace la prestazione da quest'ultimo eseguita<sup>206</sup>.

La seconda eccezione è rappresentata dall'art. 2035 c.c. che impedisce al *solvens* di ripetere la prestazione da lui eseguita quando essa costituisce un'offesa al buon costume; una regola che discende direttamente dal diritto romano<sup>207</sup>, e che sembra avere una portata limitata, poiché limitati sono i casi in cui l'ordinamento ricorre alla categoria del buon costume per sancire l'invalidità di un contratto.

---

<sup>204</sup> In Francia vige una disciplina analoga: il novellato art. 1352-4 del *Code civil* dispone infatti che «*les restitutions dues par un mineur non émancipé ou par un majeur protégé sont réduites à hauteur du profit qu'il a retiré de l'acte annulé*»; analogamente in Spagna, ove all'art. 1304 del Codice civile è sancito che “*Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta*”.

<sup>205</sup> A ben vedere, queste norme sono l'espressione di un principio ancor più generale che mira a tenere indenne la persona incapace delle conseguenze pregiudizievoli che possono derivare dagli atti da lui compiuti. Per un approfondimento, cfr. C. MANZINI, *Il vantaggio dell'incapace*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 649 ss.

<sup>206</sup> Sul punto, E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 234, che conclude affermando che “chi contrae con l'incapace [...] si assume tutti i rischi dell'eventuale e futuro pentimento di questi (o dell'iniziativa del rappresentante legale)”.

<sup>207</sup> “*In pari causa turpitudinis cessat repetitio*” o “*in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*”, o con le varianti (note negli ordinamenti di *Common law*) “*In pari delicto potior est condicio defendentis*” o “*ex turpi causa non oritur actio*” come ricorda G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 19 ss.; cfr. anche E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 359.

Ciò non toglie che l'art. 2035 c.c. sembra contraddire il principio per cui il negozio nullo non è idoneo a fornire una giusta causa della prestazione, lasciando la definitiva attribuzione in capo all'*accipiens*<sup>208</sup>.

La regola è condivisa da altri ordinamenti<sup>209</sup>, che addirittura adottano regole più ampie, volte a sancire l'irripetibilità della prestazione non solo in occasione di un contratto immorale, ma anche di contratti illegali: così, per esempio negli ordinamenti di *common law* in cui sono negate le restituzioni di fronte ad *illegal contracts*<sup>210</sup>, o in Germania, dove il § 817, S. 2, B.G.B. esclude la ripetizione se la nullità del contratto dipende dalla violazione di norme imperative<sup>211</sup>. La regola della *soluti retentio* è stata poi condivisa anche dal *Draft Common Frame of Reference*, il cui art. VII.-6:103 prevede che se il contratto è nullo o annullabile per violazione di un principio fondamentale o di una norma imperativa, l'arricchito non è tenuto alla restituzione se ciò si pone in contrasto con lo scopo del principio o della norma<sup>212</sup>.

Talvolta, si va anche oltre il dato normativo dell'art. 2035 c.c., e si nega la ripetéibilità della prestazione pur non essendo in presenza di un contratto immorale.

Si tratta del problema dell'esecuzione di un contratto che ha per oggetto una prestazione illecita, ma non immorale: in queste ipotesi il *solvens* avrebbe diritto alla teorica restituzione della prestazione eseguita (poiché non rientrante nel concetto di

---

<sup>208</sup> Sul fondamento teorico della regola si rinvia all'esautiva analisi di G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetéibilità della prestazione. Una analisi economica*, cit., p. 20 s. È interessante notare come nei Paesi di *common law* la negazione della tutela in capo al *solvens* sarebbe derivata anche da questioni di carattere etico, tali per cui "no court will lend its aid a man who founds his cause of action upon an immoral or illegal contract" (*Holman v. Johnson*, 1775, 1 Cowp 341) e "no polluted hand shall touch the pure fountains of justice" (*Collins v. Blantern*, 1767, 2 Wils. K.B. 347, 350, 95 Eng. Rep. 850, 852), entrambe citate da R.E. CERCHIA, *A Comparative Viewpoint on Illegal Contracts: In Favor of Flexibility and Proportionality*, in *Global Jurist*, 2021, p. 447 ss., p. 466. Cfr. Anche E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 238 ss. Per valutazioni analoghe, sempre con uno sguardo di carattere comparato, F.P. PATTI, *Buon costume e scopo della norma violata: sull'ambito di applicazione dell'art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 517 ss.

<sup>209</sup> In Francia la regola costituisce patrimonio del diritto vivente, diffuso nella prassi giurisprudenziale: cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, IV, Paris, 2000, p. 209. Sul punto anche G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949. Con l'*Avant-project* del 2005 era stata prevista una formulazione più ampia, in modo da ricomprendere anche i contratti contrari a norme imperative.

<sup>210</sup> Ancora R.E. CERCHIA, *A Comparative Viewpoint on Illegal Contracts: In Favor of Flexibility and Proportionality*, cit., p. 465 ss.

<sup>211</sup> Cfr. sempre G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetéibilità della prestazione. Una analisi economica*, cit., p. 20 s., che ricorda come tale soluzione abbia influenzato anche la legislazione svizzera ed austriaca, che si sono mosse nel medesimo senso.

<sup>212</sup> Sul punto, F.P. PATTI, *Buon costume e scopo della norma violata: sull'ambito di applicazione dell'art. 2035 c.c.*, cit., p. 531 ss., p. 535, che nota come sia stato proprio l'ordinamento inglese ad ispirare il principio accolto nel DCFR.

immoralità di cui all'art. 2035 c.c.)<sup>213</sup> e tuttavia l'irripetibilità trova una giustificazione autonoma<sup>214</sup>. Così, se la nullità discende dall'illiceità della prestazione, dalla sua incommerciabilità o dalla circostanza che il *solvens* non è un soggetto legittimato ad eseguirla, il meccanismo restitutorio rischierebbe di vanificare l'applicazione del rimedio, di fatto legittimando uno scambio che il legislatore ha disapprovato con la sanzione della nullità<sup>215</sup>.

L'esempio classico che può essere citato riguarda le prestazioni di *facere*, quando l'attività del *solvens* è illecita per la mancanza di un requisito richiesto inderogabilmente dalla legge: per esempio, è nullo il contratto che viene concluso da un professionista non iscritto all'albo e, ai sensi dell'art. 2231 c.c., a questi il compenso non è dovuto<sup>216</sup>. Seguendo questa linea, se il professionista ha già svolto la propria (illecita) attività, la giurisprudenza ritiene che egli non possa esperire l'azione di ripetizione<sup>217</sup>. D'altronde, se fosse concessa la tutela restitutoria (anche per il tramite dell'art. 2041 c.c.<sup>218</sup>), vi sarebbero minori remore ad eludere il dettato normativo;

---

<sup>213</sup> Si veda tuttavia, per una recente estensione del concetto di "immoralità" tale da ricomprendere ipotesi attinenti all'ordine pubblico economico F.P. PATI, *Buon costume e scopo della norma violata: sull'ambito di applicazione dell'art. 2035 c.c.*, cit., p. 519.

<sup>214</sup> Cfr. M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, cit., p. 1143. Ne parla ampiamente G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, *passim*, spec. p. 202 ss.

<sup>215</sup> M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, cit., p. 1143.

<sup>216</sup> Sul punto, ancora G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, cit., *passim*; A. ALBANESE, *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 226 ss. Come ricorda A. MANIACI, *Restituzioni e sanzioni civili indirette*, cit., p. 339, una analoga regola è prevista anche per soggetti che non rivestono il ruolo la qualità di prestatori d'opera intellettuale, come i mediatori (cfr. art. 6 l. 03.02.1989, n. 39).

<sup>217</sup> Si tratta di un orientamento consolidato e già risalente: cfr. Trib. Napoli, 21.06.1985 in cui è stata negata l'azione ad un appaltatore che aveva eseguito lavori in subappalto in assenza di necessarie autorizzazioni; Cass. 13.12.1984, in un caso che riguardava un mandatario che aveva compiuto operazioni valutarie vietate. Più di recente, Cass. 06.06.2006, n. 13214; Cass. 12.10.2007, n. 21495; Cass. 11.06.2010, n. 14085; Cass. 10.05.2011, n. 10205. La *ratio* del divieto è spiegata da A. ALBANESE, *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, cit., p. 226 ss.: gli albi e gli elenchi professionali rispondono ad una funzione di interesse generale, e l'iscrizione negli stessi corrisponde ad un sinonimo di garanzia circa i requisiti dei professionisti che vi appartengono. In questo modo, il divieto di ripetizione di quanto illecitamente prestato si presenta come una "sanzione civile indiretta", che si giustifica in quanto ricollegata direttamente allo scopo della norma violata. Per un approfondimento, F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 531 ss.; N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 541 ss., p. 548; ancora A. MANIACI, *Restituzioni e sanzioni civili indirette*, cit., p. 339.

<sup>218</sup> Come ricorda A. ALBANESE, *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, cit., p. 230 ss. le Corti escludono la possibilità di agire ai sensi dell'art. 2041 c.c., in quanto "chi non può ottenere il compenso a causa del divieto posto dall'art. 2231 c.c. non ha neanche diritto ad ottenere alcunchè sulla base dell'azione generale di arricchimento", pena l'evidente frustrazione delle finalità della norma. Nel medesimo senso anche P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quadri contratti (i rimedi restitutori)*, cit., p. 208 ss. *Contra*, tuttavia, D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e*

parimenti, non si può giudicare degna di tutela la posizione dell'impoverito che, pur di procurarsi un profitto, ha contravvenuto ad una norma imperativa<sup>219</sup>.

In dottrina si è avvertita l'esigenza di estendere questo orientamento anche al professionista che eserciti servizi non richiesti dal consumatore, per il quale il Codice del consumo sancisce l'esclusione del diritto di pretendere il corrispettivo (art. 57, comma 2)<sup>220</sup>. Anche in materia bancaria vigono regole ispirate alla protezione del consumatore, che di fronte alla nullità per vizio formale consentono all'istituto di credito di ottenere il rimborso del capitale, ma non degli interessi (cfr. art. 125-bis, comma 9, T.U.B.)<sup>221</sup>.

Ulteriore ipotesi che limita il diritto all'integralità della ripetizione di fronte ad un contratto invalido è rappresentata dall'art. 2126 c.c., in cui è previsto che: (i) la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il tempo in cui il rapporto è stato eseguito, a patto che la nullità non derivi da illiceità dell'oggetto; (ii) in ogni caso, il lavoratore conserva il diritto alla retribuzione se il lavoro è stato prestato in violazione di norme poste a tutela dello stesso prestatore<sup>222</sup>.

---

*restituzioni*, cit., p. 137 ss., secondo cui l'art. 2231 c.c. andrebbe interpretato restrittivamente, in quanto si riferisce solo ad un futuro compenso, mentre nulla direbbe con riguardo alla restituzione di una prestazione già effettuata.

<sup>219</sup> E infatti non si è in presenza di una giusta causa tale da azionare l'art. 2041 c.c., poiché è la stessa legge che non considera tale attività come una giusta causa dell'arricchimento: cfr. A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, p. 210 ss. Anche P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 32 nega la possibilità di esperire l'azione di arricchimento quando la prestazione è illecita. Tuttavia, sono presenti pronunce che riconoscono al *solvens* il diritto all'indennizzo benchè abbia eseguito una prestazione in mancanza delle necessarie autorizzazioni amministrative: cfr. Cass. 02.04.2009, n. 8040; Cass. 27.06.2006, n. 14807; Cass. 27.02.2002, n. 2884. Per altri riferimenti M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, cit., p. 1143, *sub* nota 63.

<sup>220</sup> E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 249.

<sup>221</sup> Per un approfondimento sulla questione, S. PAGLIANTINI, *Nullità formali bancarie e restituzioni (a margine di una recente decisione dell'A.B.F.)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 179 ss.; G. D'AMICO, *Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 769 ss., *spec.* p. 778 ss.

<sup>222</sup> L'art. 2126 c.c., in realtà, sembrerebbe avere una portata applicativa ancora più ampia, tale addirittura da scardinare il dogma dell'inefficacia del contratto nullo, come afferma E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 254. Addirittura taluni in dottrina ne hanno ipotizzato una generale estensione della norma, che nasconderebbe un principio generale applicabile a tutte le prestazioni di durata; e ciò consentirebbe di gestire più agevolmente il tema del recupero delle prestazioni che si svolgono nel tempo: cfr. G. STELLA-RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 151 ss., p. 175 ss., secondo cui l'art. 2126 c.c. (ma anche l'art. 2332 c.c.) non possono essere "di stretta interpretazione, ma [...] espressioni del più generale principio per cui, in tutti i rapporti di durata, la irretroattività non è connaturata solo alla risoluzione, ma altresì all'accertata invalidità del contratto". *Contra*, nel senso che si interpreta restrittivamente l'art. 2126 c.c., quale norma eccezionale dettata per il solo lavoro subordinato, Cass. 04.07.1983, n. 4482; Cass. 08.11.2007, n. 23265; Cass. 21.03.2006, n. 6260. Tuttavia, è opportuno precisare che la

Analoghe previsioni si riscontrano in tema di subfornitura e di mezzadria<sup>223</sup>.

Queste questioni, quasi naturalmente, potrebbero portare a chiedersi se sia ammessa un'interpretazione analogica di questi principi che escludono la ripetizione anche per altri contratti illeciti verso i quali l'ordinamento non ha espressamente previsto regole specifiche; e la domanda potrebbe poi estendersi anche al caso dell'annullamento del contratto per vizio del consenso dell'*accipiens*. In quest'ultima ipotesi, è stato sottolineato che imporre l'obbligo di restituzione al soggetto che visto il proprio consenso viziato da errore o – forse peggior caso – estorto con la violenza o con il dolo, significherebbe “privare di concreto significato l'esercizio della tutela primaria”<sup>224</sup>. E tuttavia, in assenza di una espressa previsione normativa, tale interpretazione rischia di voler provare troppo, e di ascrivere al tema delle restituzioni questioni che al momento sono trattate esclusivamente in ambito risarcitorio.

In ogni caso, come si evince dagli esempi finora affrontati, l'invalidità del contratto non porta sempre con sé la conseguenza che deve essere ripristinata lo *status quo ante* per il tramite delle restituzioni; al contrario, gli obblighi restitutori che nascono da un contratto dichiarato nullo o annullato si pongono in uno schema articolato, in cui il diritto alla ripetizione della prestazione può essere limitato o addirittura negato.

Talvolta la tutela restitutoria o la sua negazione si ispirano ad esigenze compensative, talaltra (quasi) sanzionatorie<sup>225</sup>: così accanto ad ipotesi in cui la restituzione delle prestazioni mira a cancellare ogni traccia del negozio, ve ne sono altre in cui essa viene preclusa a chi ha già adempiuto, per evitare che la ripetizione contraddica la *ratio* posta alla base dell'invalidità. Le restituzioni contrattuali, in altre parole, seguono e “si adeguano allo scopo della norma violata, salvaguardando gli interessi che quest'ultima è chiamata a realizzare”<sup>226</sup>.

Ciò che si può ricavare al termine di questa breve analisi è un sistema eterogeneo e influenzato dalle regole concrete che conducono all'invalidità del contratto, ma

---

disposizione viene estesa anche ai lavoratori pubblici: cfr., *ex multis*, Cass. 20.01.2016, n. 991 e Cass. 14.05.2014, n. 10426.

<sup>223</sup> Rispettivamente l'art. 2, comma 1, della l. 18 giugno 1998, n. 192 e l'art. 3 della legge 15 settembre 1964, n. 756.

<sup>224</sup> Così, E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 252.

<sup>225</sup> Il riferimento è ancora a A. MANIACI, *Restituzioni e sanzioni civili indirette*, cit., *passim*.

<sup>226</sup> Così si esprime F.P. PATTI, *Buon costume e scopo della norma violata: sull'ambito di applicazione dell'art. 2035 c.c.*, cit., p. 535.

unitario sotto un fondamentale aspetto: l'esistenza di un forte nesso funzionale tra rimedio primario (il motivo di impugnazione negoziale) e il rimedio secondario (la restituzione)<sup>227</sup>.

Ciò, peraltro, si inserisce in un contesto – quello della nullità del contratto (anche europea) – che ha iniziato a subire negli ultimi anni un forte ripensamento<sup>228</sup>: da rimedio-sanzione che porta con sé un carattere esclusivamente demolitorio e interdittivo a rimedio-funzione influenzato dal fondamento sostanziale del contratto, e cioè dall'operazione concretamente condotta tra le parti e dagli interessi ad essa sottesi<sup>229</sup>.

In questo senso, allora, anche la ripetizione è correttamente considerata come un mezzo di tutela contrattuale, che completa quello volto alla demolizione del contratto e viene indirizzata per la protezione degli interessi presidiati dalle norme previste in materia di invalidità. Questa interpretazione è peraltro coerente con la formulazione – già anticipata – accolta dal *Draft Common Frame of Reference*, per cui il fondamento della nullità viene assunto come parametro per valutare se la prestazione eseguita sia ripetibile o meno<sup>230</sup>.

Anche il modello che concepisce la nullità come un rimedio capace di incidere nei confronti dei diritti dei sub-acquirenti non ha carattere assoluto: al di là delle regole già disposte dal Codice civile che fanno salvi, a talune condizioni, gli acquisti di terzi – vale a dire l'art. 1153 c.c. con riferimento ai beni mobili, l'art. 2562, n. 6), c.c. per i beni immobili, e l'istituto dell'usucapione – sono note situazioni in cui l'ordinamento, pur giudicando negativamente (e sanzionando) l'interesse programmato tra le parti, non ne esclude la rilevanza circolatoria nei confronti dei terzi<sup>231</sup>.

---

<sup>227</sup> E' chiarissima sul punto E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 267.

<sup>228</sup> Il riferimento è alla dicitura utilizzata da V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, cit., *passim*, spec. p. 167 ss., p. 449 ss.; cfr. anche M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 77.

<sup>229</sup> Ancora, lo stesso V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, cit., p. 243, per cui la sanzione della nullità si atteggiava come “una alternativa secca di conformità-difformità all'osservanza dei prescritti limiti”, o comunque come una forma di approvazione-disapprovazione da parte dell'ordinamento.

<sup>230</sup> Cfr. art. VII-6:103: “where a contract or other juridical act under which an enrichment is obtained is void or avoided because of an infringement of a fundamental principle (II. – 7:301 - Contracts infringing fundamental principles) or mandatory rule of law, the enriched person is not liable to reverse the enrichment to the extent that the reversal would contravene the policy underlying the principle or rule”.

<sup>231</sup> M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 99; sul punto, anche G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, p. 68 ss.; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 279 ss.

E ciò, a maggior ragione, quando la nullità si inserisce in un contesto di mercato, ove la rimozione del negozio potrebbe scontrarsi con interessi più generali ugualmente degni di tutela. A questo proposito si può richiamare la disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari nelle società per azioni, in cui – al di là di deroghe in tema di prescrizione (art. 2379 c.c.), di specifiche ipotesi di sanatoria (art. 2379-*bis* c.c.) o del ricorso alla tutela risarcitoria anziché a quella reale (art. 2379-*ter* c.c.) – vengono fatti salvi diritti acquistati dai terzi in buona fede in esecuzione della delibera invalida. La *ratio* è chiara: confermare l'esigenza di stabilità e di sicurezza del traffico giuridico, in modo da non scoraggiare investimenti in una determinata attività<sup>232</sup>.

Queste considerazioni, come vedremo, saranno fondamentali nell'analisi dei diritti dei terzi che sono entrati in contatto con la realtà aziendale quando viene dichiarata la nullità del contratto con cui la stessa azienda era originariamente circolata.

## 9.2. Risoluzione, retroattività e restituzioni.

Il principale effetto della risoluzione è l'eliminazione della causa giustificatrice delle prestazioni; anche in questo caso, la legge esprime tale principio attraverso la formula della retroattività<sup>233</sup>. Più nello specifico, la risoluzione porta con sé un effetto liberatorio per le parti, che agisce *ex nunc* per le prestazioni ancora da eseguire, mentre *ex tunc* per quelle già eseguite, con la conseguenza che in questo secondo caso si determineranno effetti restitutori in capo alle parti<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> La questione è trattata da G. VILLA, *Metamorfosi dell'invalidità, stabilità dei rapporti e circolazione dei diritti*, in E. NAVARRETTA (cur.), *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile*, Torino, 2021, p. 239 ss., p. 248. Ancora, M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 99.

<sup>233</sup> P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 72; U. CARNEVALI, *Commento sub art. 1458 c.c.*, in L. NANNI, M. COSTANZA, U. CARNEVALI, *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 110.

<sup>234</sup> E ciò a prescindere dall'imputabilità dell'inadempimento, giacché tale effetto grava su entrambi i contraenti: cfr. Cass. 07.07.2004, n. 12468; Cass. 11.03.2003, n. 3555; Cass. 20.05.1997, n. 4465. In dottrina, tra i molti, G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 673.

Sennonchè tali effetti sono parzialmente attenuati dalle stesse regole in materia di risoluzione: la retroattività non opera nei contratti di durata (art. 1458, comma 1, c.c.) e nei confronti di terzi subacquirenti (art. 1458, comma 2, c.c.)<sup>235</sup>.

Nel caso di una cessione d'azienda, la sentenza che pronuncia la risoluzione del contratto – e dunque gli effetti restitutori – non si porrebbe così lontano rispetto a quella che sancisce la nullità del contratto: le parti dovrebbero comunque essere poste nello *status quo ante*, e dunque il cessionario sarebbe tenuto al ripristino della composizione originaria dell'azienda. La differenza con la nullità si scorge, al più, con riferimento ai diritti dei terzi, i quali potrebbero fare salvi i propri acquisti provenienti dal cessionario: così, in ipotesi, l'acquisto di un bene (o di un marchio) da parte di un terzo non potrebbe essere pregiudicato – salva l'ipotesi della trascrizione della domanda di risoluzione anteriore all'acquisto – per la successiva caducazione del contratto tra cedente e cessionario.

In realtà, l'effetto retroattivo ascrivibile alla sentenza di risoluzione non è mai totale: al di là delle attenuazioni poc'anzi citate sancite dall'art. 1458 c.c., già da tempo la dottrina ha vagliato criticamente il dogma della “retroattività forte” applicato al campo della risoluzione<sup>236</sup>, segnando la distinzione che sussiste con quella che opera in materia di nullità<sup>237</sup>. Così, negli ultimi anni si è andata sempre più affacciandosi l'idea che la retroattività conseguente alla risoluzione sia da intendere come “debole”<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> In questo senso, C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 789, che parla di una “retroattività *sui generis* o, a essere rigorosi, di una non retroattività”.

<sup>236</sup> Addirittura già sotto la vigenza del Codice del 1865 si parava di irretroattività del fenomeno risolutorio: su tutti W. BIGIAMI, *Irretroattività della risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, p. 695 ss.; G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, Torino, 1937, *passim*. Ne dà atto anche E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 338, per cui ormai la retroattività è spogliata dalle vesti del dogma. *Contra*, tuttavia, A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 321, che farebbe derivare dalla “retroattività forte” della risoluzione l'obbligo per cui entrambe le parti sono tenute alla restituzione di frutti e interessi dal giorno del pagamento.

<sup>237</sup> Il riferimento è in particolare a C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, cit., spec. p. 798 ss., ove l'A. riporta che il sistema italiano si colloca a metà tra quegli ordinamenti che assimilano la risoluzione alla nullità e quelli che vedono la risoluzione come una riformulazione degli scopi originariamente voluti dalle parti.

<sup>238</sup> La distinzione tra retroattività in senso forte e in senso debole si deve a A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 261 ss. Ne parla in termini analoghi lo stesso C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 799; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 338 ss., per cui ormai appare incontestabile che “la retroattività non comporta la pura e semplice cancellazione del contratto”.



Si può ascrivere a questa linea anche la risarcibilità dell'interesse positivo di fronte a un inadempimento contrattuale<sup>239</sup>: è evidente, infatti, che se il contraente deluso ha diritto di essere posto nella stessa situazione patrimoniale in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato adempiuto correttamente, allora l'effetto demolitorio della risoluzione non potrebbe definirsi totale. In modo esemplificativo, poi, la retroattività della risoluzione non travolge le clausole – di carattere sostanziale o processuale – destinate ad attivarsi proprio in occasione della risoluzione o in una fase post-contrattuale<sup>240</sup>; e a ben vedere la stessa applicazione della disciplina dell'indebito alla risoluzione del contratto determina soluzioni che confliggono con una logica squisitamente retroattiva<sup>241</sup>.

Tutti questi dati confortano l'ormai diffusa idea per cui la risoluzione determini una trasformazione del contenuto del contratto, piuttosto che un suo annientamento<sup>242</sup>; ma tale aspetto è stato vagliato quasi esclusivamente sotto il profilo dell'ammissibilità del risarcimento dell'interesse positivo<sup>243</sup>.

Il fatto che anche sul versante delle restituzioni la risoluzione operi attraverso una modificazione del sinallagma originario è risalente nel tempo<sup>244</sup>, ed è anzi confortata da indici di carattere comparatistico<sup>245</sup>.

In Francia gli studi sono numerosi e muovono appunto dall'idea dell'attenuazione della portata della retroattività; sono state elaborate teorie volte alla

---

<sup>239</sup> Su tutti, G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 933; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 110 ss.; A. LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 200 ss.; A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 318.

<sup>240</sup> Ne parla anche E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 341.

<sup>241</sup> Di ciò abbiamo già dato atto *supra*, con riguardo alle tesi per le restituzioni di frutti e interessi: cfr. Cap. II, § 7.

<sup>242</sup> Cfr. A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 1328; L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 73 ss.

<sup>243</sup> Lo testimonia E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 335 ss., che in proposito compie un parallelismo con l'ordinamento tedesco, in cui il passaggio dalla prospettiva dell'annientamento del contratto a quello della trasformazione è avvenuto anche con riguardo al fenomeno restitutorio.

<sup>244</sup> L'opera di riferimento sul punto è quella di G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, che a cavallo dell'entrata in vigore del nuovo Codice civile si chiedeva se di fronte ad una dottrina tradizionalmente orientata nel concepire la risoluzione come fenomeno che determinava l'inesistenza *ex tunc* del negozio non fosse opportuno invece "riconoscere la permanenza del rapporto giuridico" (p. 140).

<sup>245</sup> In Germania, per esempio, il *Rücktritt* trasforma il contratto in un *Rückgewährschuldverhältnis* che non elimina gli effetti *ex tunc*. Né danno atto E. BARGELLI, "Sinallagma rovesciato" e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale, cit., p. 90, e R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform 2002*, cit., p. 326, per cui il *Rücktritt* "does not lead to a situation where the contract is treated as never having been made" ma "the contract continues to exist, though in a state of transformation".

limitazione degli obblighi restitutori nei contratti di durata (fattispecie che non era espressamente disciplinata nel codice) e, più in generale, in base alla divisibilità o indivisibilità della prestazione<sup>246</sup>. Questi orientamenti hanno poi trovato uno sbocco nei progetti di riforma del Codice civile francese, nei quali veniva assegnata alla risoluzione dei contratti di durata un'efficacia *ex nunc*, con la precisazione che di fronte ad un'esecuzione parziale del contratto le prestazioni scambiate non avrebbero dovuto dar luogo a restituzione nel caso in cui l'adempimento fosse stato conforme alle obbligazioni contrattuali<sup>247</sup>.

La riforma del 2016, sotto questo aspetto, ha recepito i risultati, ampliandone la portata; l'art. 1229 del novellato *Code civil*, che disciplina gli effetti della risoluzione del contratto, ha introdotto un *dies a quo* "flessibile"<sup>248</sup>: quello previsto dalle parti nella clausola risolutiva espressa; quello che corrisponde alla data di ricezione della notificazione della risoluzione; quello fissato dal giudice; o ancora quello che corrisponde alla domanda giudiziale<sup>249</sup>.

Per altro verso, lo stesso articolo pone in stretta relazione la logica restitutoria con il concetto di utilità della prestazione, attraverso il meccanismo della "résiliation"<sup>250</sup> (art. 1229, comma 3): le prestazioni già adempiute vengono restituite – e lo si ricorda, sulla base di una disciplina (quella delle *resolutions*: artt. 1352 ss. *Code civil*) modellata su quella precedente dell'*indu* – solo nell'ipotesi in cui esse potevano trovare utilità nella prospettiva di un'esecuzione completa del contratto; al

---

<sup>246</sup> Lo conferma J. BEAUCHARD, *Les restitutions après la résolution du contrat*, in L. VACCA (cur.), *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, cit., p. 131; cfr. anche J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., p. 187; P. MALAURIE, L. AYNES, *Les obligations*, Paris, 1999, p. 744.

<sup>247</sup> Letteralmente "les prestations échangées ne donnent pas lieu à restitution ni indemnité lorsque leur exécution a été conforme aux obligations respectives des parties" (cfr. art. 1160-1 Avant Project Catala).

<sup>248</sup> L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2016, p. 311 ss., p. 333.

<sup>249</sup> Letteralmente, il secondo comma dell'art. 1229 Code civil dispone che «la résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice».

<sup>250</sup> L'istituto non è sconosciuto al diritto francese: nel Progetto Catala del 2005 veniva specificato (p. 49) che "la doctrine et la jurisprudence en ont néanmoins créé une variante : la « résiliation » ou plus exactement, résolution pour l'avenir, qui écarte la rétroactivité et ne produit effet que pour l'avenir. Néanmoins, le critère de distinction entre la résolution totale et rétroactive et la résolution partielle dans le temps n'est pas très explicite. Lorsqu'un critère est posé, il réside dans le caractère successif de l'exécution du contrat, critère discutable en ce qu'il repose sur la considération de la difficulté spécifique d'organiser des restitutions pour un contrat qui a duré".

contrario, se le prestazioni già adempiute hanno trovato una loro utilità nel corso dell'esecuzione reciproca del contratto, non si dà luogo alla restituzione per il periodo anteriore all'ultima prestazione non ricevuta in cambio<sup>251</sup>.

Un'ulteriore indicazione si rileva poi dall'art. 1230 Code Civil, che ha introdotto una disposizione – forse scontata – per cui si fanno salvi gli effetti di clausole<sup>252</sup> che per loro natura sono destinate ad incidere nella fase post-contrattuale, ma che conferma l'impianto volto a sancire l'ultrattività di (alcuni) effetti del contratto.

In questo senso, se il Legislatore della riforma francese ha chiaramente attenuato la portata retroattiva della risoluzione, dall'altro sembra aver continuato su un percorso – invero già tracciato – di esaltazione del ruolo del giudice nella determinazione delle obbligazioni nascenti dalla caducazione del contratto<sup>253</sup>, a cui viene affidato il compito di riempire, volta per volta, il concetto di “utilità”.

Tralasciando quest'ultima potenziale criticità, il processo di riforma dell'istituto della risoluzione seguito in Francia mostra certamente il pregio di considerare la tecnica retroattiva come una formula aperta, una “*règle de fond*”<sup>254</sup> che si modella sulla base dell'istituto a cui accede; in questo senso, le restituzioni vengono concepite come una conseguenza automatica del rimedio contrattuale esercitato, che fa nascere un nuovo rapporto obbligatorio<sup>255</sup>.

---

<sup>251</sup> Si riporta, per agevolare la lettura, l'art. 1229 del *Code civil*, come novellato:

“1. *La résolution met fin au contrat.*

2. *La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice.*

3. *Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation.*

4. *Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9”.*

<sup>252</sup> Come ad esempio quella di *règlement des différends*, di *confidentialité* e di *non-concurrence*.

<sup>253</sup> Di recente, T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2008, p. 4, secondo il quale il diritto delle restituzioni è di fondo “*droit prétorien*” in cui spetta al giudice il compito di determinare le funzioni della risoluzione e delle restituzioni. Questa idea era già presente anteriormente alla codificazione del 1804: cfr. J. DOMAT, *Le loix civiles dans leur ordre naturel*, I, I, VI, Paris, 1777, p. 12, per cui è le obbligazioni restitutorie (al pari di quelle risarcitorie) erano rimesse alla “*prudence du Juge*”.

<sup>254</sup> È la formula utilizzata da J. DEPREZ, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, Rennes, 1953, p. 16.

<sup>255</sup> C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, Paris, 2003, p. 379 ss.; la questione viene trattata anche da E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 351 ss., secondo la quale ciò porta con sé due conseguenze: da un lato che solo dopo la pronuncia demolitoria di nullità o risoluzione le

Anche nei progetti di codificazione europei e internazionali sono stati assunti approcci volti a limitare il fenomeno retroattivo della risoluzione. Invero, la retroattività non è presente nei principi UNIDROIT, né nel *Draft Common Frame of Reference*, che al contrario prevedono un effetto liberatorio *ex nunc* per la risoluzione<sup>256</sup>; ciò non toglie che siano previsti obblighi restitutori, ma essi vengono tuttavia limitati.

Gli sforzi che segnano una limitazione all'operare retroattivo della risoluzione sono presenti anche nella nostra giurisprudenza, che non sembra sempre accogliere l'idea per cui alla risoluzione consegue sempre il ripristino dello *status quo ante* in una logica retroattiva forte, specie laddove si verificano "sopravvenienze [...] che turbano il ripristino della situazione originaria"<sup>257</sup>.

Ciò avviene soprattutto di fronte a prestazioni già eseguite, che non possono essere più restituite *in integrum*, come nel caso del contratto di appalto: in queste ipotesi, la Corte di Cassazione, pur dichiarando di voler perseguire il ripristino della situazione originaria, parametrizza l'obbligazione restitutoria da parte del committente – che non può ovviamente restituire in natura il bene all'appaltatore – in relazione al valore pattuito tra le parti nel contratto stesso<sup>258</sup>. Com'è intuibile, il risultato pratico raggiunto è lontano dal ripristino dello *status quo ante*, e si avvicina più a quello che si raggiungerebbe di fronte ad una sentenza che condanna all'adempimento (eventualmente anche parziale) del contratto.

Dunque, tornando al concetto di "retroattività debole" nell'ordinamento italiano, sembra di potersi affermare che essa si declini in un "rovesciamento dell'originario programma negoziale", a cui consegue: (i) un effetto reale, o meglio l'inversione dell'effetto reale *ex tunc* (seppur limitatamente alle parti originarie, e cioè con salvezza

---

restituzioni saranno esigibili e, dall'altro, che esse non dovranno essere oggetto di una specifica domanda in giudizio, poiché sorgono automaticamente.

<sup>256</sup> Cfr. art. 7.3.5 UNIDROIT Principles (2016): "*Termination of the contract releases both parties from their obligation to effect and to receive future performance*"; art. III. – 3.509 DCFR: "*On termination under this Section, the outstanding obligations or relevant part of the outstanding obligations of the parties under the contract come to an end*".

<sup>257</sup> E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 343, la quale cita l'esempio della totale distruzione del bene da restituire. Di fronte a questa ipotesi si aprono due strade: o si ammette la possibilità di agire in risoluzione, ma si richiede la reintegrazione per equivalente (giacché il bene è, appunto, perito), oppure si preclude la possibilità di agire in risoluzione laddove il bene non sia più restituibile nella sua versione originaria. In ogni caso, afferma l'A., nessuna delle due soluzioni "trova fondamento nel congegno della retroattività".

<sup>258</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. 24.05.2007, n. 12162; Cass. 15.1.2007, n. 738; Cass., 20.01.1995, n. 625. Si veda anche Trib. Roma, 05.07.2017, n. 13654.

dei diritti dei terzi, fatta salva l'eccezione della trascrizione della domanda giudiziale antecedente all'acquisto del terzo); (ii) un effetto obbligatorio, e cioè l'insorgenza del fenomeno restitutorio, senza tuttavia che esso presupponga la necessaria integralità delle restituzioni<sup>259</sup>.

Il tema è stato recentemente ripreso per affermare che la sentenza di risoluzione trasformerebbe il sinallagma “in un rapporto di liquidazione delle partite di dare/avere”<sup>260</sup> che trova la propria giustificazione nel ruolo che la clausola di buona fede *ex art. 1375 c.c.* mantiene anche di fronte alla caducazione del negozio; così tale principio permeerebbe il sinallagma fino al suo esatto completamento, generando obblighi di custodia e di conservazione delle prestazioni eseguite, e contribuendo a trasformare il rapporto e a produrre le conseguenze restitutorie e risarcitorie<sup>261</sup>. D'altronde, tutto l'insieme del rapporto contrattuale – dalla conclusione alla sua fase di esecuzione – è protetto dalla tutela dell'affidamento e della lealtà contrattuale; e questo principio di affidamento assume un ruolo fondamentale anche nella fase liquidatoria<sup>262</sup>.

Ciò che emerge, in definitiva, è una tendenza a rimodulare le restituzioni derivanti dalla risoluzione del contratto proprio in virtù di un ripensamento del fenomeno retroattivo che coinvolge questo istituto, poiché secondo questa nuova concezione la risoluzione “apre ad una fase postcontrattuale, dove le parti snodano i legami contrattuali conformemente al contratto concluso”<sup>263</sup>; in altre parole, la

---

<sup>259</sup> In questo senso si colloca anche l'idea suggerita da E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 358 ss. di superare il binomio contratti ad esecuzione istantanea-contratti di durata, per giungere a formule più articolate che giungano all'irripetibilità della prestazione laddove si sia in presenza di coppie di prestazioni parziali bilateralmente eseguite.

<sup>260</sup> Così L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, p. 80; l'idea era già stata avanzata anche da C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., p. 212, nota 11, ove tuttavia si riteneva che il fondamento di tale rapporto solutorio non fosse da rinvenire nel contratto stesso, proprio per l'operare della retroattività.

<sup>261</sup> Ancora L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 80 s., per cui se esistono queste obbligazioni che proteggono l'interesse altrui, allora si può rinvenire nella clausola di buona fede la prova per cui “la risoluzione, attraverso la retroattività, trasforma il rapporto negoziale e produce obbligazioni restitutorie e risarcitorie che appartengono ancora alla sfera del contratto”. Non è difforme la visione di P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 73. Sul ruolo della buona fede anche nella fase esecutiva quando sorgono conflitti tra le parti si veda A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, vol. XIII, Torino, 2004.

<sup>262</sup> B. SCHMIDLIN, *La caducità del contratto e le azioni di restituzione: il contratto risolto: caduco o sopravvivate?*, cit., p. 167.

<sup>263</sup> Così, ancora, B. SCHMIDLIN, *La caducità del contratto e le azioni di restituzione: il contratto risolto: caduco o sopravvivate?*, cit., p. 160. Conformemente, M. AMBROSOLI, *Le restituzioni nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., p. 169.

retroattività da “fine” diventa “mezzo”, adattandosi alle concrete esigenze e vicende che coinvolgono il negozio sottostante<sup>264</sup>.

Questa sopravvivenza degli effetti del contratto giustificerebbe l’affermazione per cui le parti “ai fini delle restituzioni, debbono essere poste su un piano di eguaglianza”<sup>265</sup>, dato che la differenziazione circa il loro trattamento è poi affidato al risarcimento del danno<sup>266</sup>.

#### *10. La reciprocità delle obbligazioni restitutorie: tra Contrat synallagmatique renversé e Saldotheorie.*

Il cambio di prospettiva che ha riguardato il fenomeno della retroattività ricade sul tema della reciprocità delle restituzioni<sup>267</sup>, cioè sul problema che può così sintetizzarsi: il nesso di corrispettività inizialmente programmato nel contratto continua a sussistere anche in sede restitutoria, o le prestazioni da restituire debbono considerarsi l’una indipendente dall’altra?

Un esempio può essere d’aiuto: A vende a B un bene al prezzo di 100; senza che sia ascrivibile a B alcuna colpa, il bene viene danneggiato, di modo che il valore scende a 40. Tempo dopo, il contratto viene dichiarato nullo (o annullato, o risolto) e seguono gli effetti restitutori. A restituisce a B il prezzo di 100, mentre B restituisce ad A il bene ormai danneggiato che vale 40? Oppure A restituisce solo 40, cioè il valore di quanto riesce a ricevere in cambio?

---

<sup>264</sup> L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 88 ss.

<sup>265</sup> Si esprime così, ancora, M. AMBROSOLI, *Le restituzioni nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., p. 170; analogamente, A. LUMINOSO, *Risarcimento e restituzioni*, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 405 ss.

<sup>266</sup> Ciò porterebbe, peraltro, ad un ulteriore vantaggio, che riguarda i rapporti tra la disciplina restitutoria e l’azione di arricchimento senza causa: affermare che il fondamento delle restituzioni si rinviene nello stesso rapporto contrattuale (seppur trasformato), porta con sé la conseguenza che non ci sarebbe più spazio per l’azione di arricchimento senza causa, poiché difetterebbe sempre il requisito della sussidiarietà richiesto dall’art. 2042 c.c.: in questo senso, P. SIRENA, *La sussidiarietà dell’azione generale di arricchimento senza causa*, cit., p. 388.

<sup>267</sup> Per E. MOSCATI, *Del pagamento dell’indebito*, cit., p. 529 questo tema “apre una breccia di portata non trascurabile nel sistema dell’inefficacia negoziale”.

La questione sull'esistenza di un nesso tra le restituzioni è stata inizialmente trattata in Francia e in Germania a partire dal XIX secolo, precisamente nell'ipotesi di invalidità del contratto.

In Francia, lo sviluppo teorico di una rimodulazione rispetto alle tesi tradizionali che ascrivevano il meccanismo restitutorio alla disciplina dell'indebito ha preso avvio dal problema del soggetto su cui deve gravare il costo dell'impossibilità di una *restitutio in integrum* della prestazione originariamente adempiuta pur in presenza di un contratto poi caducato<sup>268</sup>.

Gli studiosi hanno coniato un'espressione *ad hoc* – “*contrat synallagmatique renversé*” o “*contrat à l'envers*”<sup>269</sup> – per descrivere il nesso di corrispettività che intercorre tra le prestazioni restitutorie e richiamare la regola *res perit debitori* sulla distribuzione del rischio in queste circostanze<sup>270</sup>. Così veniva negato all'acquirente la possibilità di agire per far dichiarare la nullità del contratto quando il bene era stato da lui alienato o perito per causa a lui imputabile<sup>271</sup>.

Come anticipato al precedente § 5.1., è stato il progetto Catala a tradurre questi principi in una proposta di riforma, che operasse verso l'integralità delle restituzioni e, soprattutto, verso la reciprocità delle stesse ove il contratto avesse avuto una bilaterale esecuzione *medio tempore*<sup>272</sup>: è esemplificativa la proposta contenuta nell'art. 1162 per cui “*l'annulation et la résolution rétroactive du contrat emportent, de plein droit, la restitution intégrale et s'il y a lieu réciproque des avantages reçus*

---

<sup>268</sup> Invero, anteriore rispetto a quello avvenuto in Germania. Ci si riferisce alla nota sentenza della Corte di Cassazione francese del 13.05.1833, in cui era stato sancito che il costo dell'impossibilità di una *restitutio in integrum* avrebbe dovuto gravare sul soggetto acquirente.

<sup>269</sup> La prima espressione, come noto, è di J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., p. 208, mentre la seconda si deve a M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, cit., p. 64.

<sup>270</sup> In realtà, come sottolinea E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 279 ss., sono note anche costruzioni teoriche alternative che equiparano l'annullamento del contratto all'avveramento di una condizione risolutiva, così ponendo il rischio a carico del (provvisorio) acquirente. Sono tuttavia note pronunce, più risalenti, in cui la giurisprudenza francese applicava invece la regola *res perit domino*, facendo così gravare sul venditore la perdita. Per questi riferimenti, P. GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. III, t. 2, Milano, 1998, p. 385 ss., p. 396.

<sup>271</sup> Così da evitare che la perdita gravasse sul venditore incolpevole, come nota P. GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, cit., p. 395, il quale aggiunge che una tale regola non è difforme da quella adottata nei paesi di *common law*, ove la *rescission* non è più esperibile se non è possibile operare una *restitutio in integrum* del bene. In Italia, tale posizione si può rinvenire in G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 69, che afferma che non può far valere la nullità del contratto chi non sia in grado di rimettere la cosa in pristino.

<sup>272</sup> Sul punto, si veda L. GUERRINI, *Rimedi contrattuali e restituzioni nel novellato Code Civil: una deludente restaurazione*, cit., p. 650.

*en exécution du contrat*”. E tale disposizione, come nota Y.-M. Serinet<sup>273</sup>, avrebbe fatto sì che il calcolo dell’obbligazione restitutoria fosse *analytique*, presupponendo che si determinasse, per ogni obbligazione eseguita, la somma dei benefici diretti o indiretti ricevuti che sarebbero andati a costituire l’oggetto della restituzione stessa<sup>274</sup>.

Il maggior pregio del progetto Catala è stato proprio quello di aver fornito specifiche indicazioni circa la diversa natura delle prestazioni da restituire, con particolare riferimento alle restituzioni imperfette – vero campo in cui si misura la tenuta del sistema – proponendo meccanismi di conversione delle prestazioni non più restituibili in natura; inoltre, di aver colto lo stretto collegamento che dovrebbe sussistere tra il rimedio contrattuale azionato e le obbligazioni restitutorie<sup>275</sup>, in quanto queste ultime forniscono una “concreta realizzazione della tutela predisposta dal rimedio contrattuale”<sup>276</sup>.

Come detto, queste spinte riformatrici non hanno poi trovato sbocco nella riforma del 2016-18, che ha ripristinato la distinzione tra *bonne et mauvaise foi* per la determinazione dell’obbligazione restitutoria; al netto di questo passo indietro del legislatore francese, rimane il dato di fondo che la dottrina d’oltralpe, anche dopo l’entrata in vigore della riforma, ha continuato a sollevare perplessità sul ritorno ad una disciplina – quella dell’indebito – che mal si attaglia alle caducazioni negoziali<sup>277</sup>.

Ben più significativa è l’esperienza che ha coinvolto la Germania.

In ambiente tedesco l’esistenza di un nesso tra le obbligazioni restitutorie ha segnato il passaggio dalla *Zwei-Konditionen-Theorie*, tale per cui era prevista una totale indipendenza dell’una dall’altra<sup>278</sup> e che fondava l’obbligo sulla base della

---

<sup>273</sup> Che è l’autore della sezione dedicata, appunto, alle restituzioni contrattuali.

<sup>274</sup> Y.-M. SERINET, *Restitutions après anéantissement du contrat*, cit., p. 57. Cfr. l’art. 1163-1, comma 2, per cui «*le montant de la restitution est calculé en tenant compte des avantages directs et indirects que les parties ont pu retirer de l’exécution du contrat*».

<sup>275</sup> Ciò si ricava dall’art. 1162-3, che afferma che «*celui qui a sciemment contrevenu à l’ordre public, aux bonnes mœurs ou, plus généralement à une règle impérative, peut se voir refuser toute restitution*». Tale regola, come abbiamo visto *supra* (§ 5.1.), presenta alcune assonanze con quanto previsto nel Codice civile italiano.

<sup>276</sup> Questa è l’impostazione di fondo della monografia di L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., che è tuttavia dedicata allo specifico tema delle restituzioni che conseguono alla pronuncia di risoluzione per inadempimento.

<sup>277</sup> Ne dà atto L. GUERRINI, *Rimedi contrattuali e restituzioni nel novellato Code Civil: una deludente restaurazione*, cit., p. 663 ss.

<sup>278</sup> Con la conseguenza dell’eventuale irrilevanza di squilibri che potrebbero originarsi in fase restitutoria per la sopravvenuta impossibilità della prestazione, come osserva P. GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, cit., p. 394.



disciplina dell'arricchimento senza causa<sup>279</sup>, alla *Saldotheorie*<sup>280</sup>, secondo la quale le obbligazioni restitutorie sarebbero reciprocamente condizionate, nel senso che ciascuna parte è tenuta a restituire solo nella misura in cui anche l'altra parte può farlo.

L'esercizio del rimedio demolitorio darebbe così origine ad un rapporto contrattuale rovesciato, con l'insorgenza di obbligazioni di segno opposto a quelle originarie, "ma pur sempre legate da un vincolo di sinallagmaticità"<sup>281</sup>. Essa, d'altronde, sarebbe una trasposizione del principio del sinallagma (*Zug um Zug*) anche per le obbligazioni "secondarie", per il quale nel caso di impossibilità sopravvenuta di una prestazione (sia essa totale o parziale), la parte sarebbe liberata in modo corrispondente<sup>282</sup>.

La *Saldotheorie* è stata declinata in due varianti applicative, una di natura procedimentale e una di natura sostanziale.

La prima consente di paralizzare l'azione del soggetto che agisce per la ripetizione di quanto prestato, facendo sì che il convenuto gli opponga un'eccezione diretta al medesimo risultato<sup>283</sup>; in altre parole, la pretesa dell'attore viene subordinata al fatto che al contempo egli offra quanto a sua volta ricevuto. Tale previsione è espressamente disciplinata nel BGB, al § 348, in cui l'adempimento degli obblighi derivanti dal *Rücktritt* devono essere compiuti secondo corrispettività (*Zug um Zug*, appunto)<sup>284</sup>. Questo particolare aspetto, a ben vedere, non è sconosciuto nell'ordinamento italiano, in cui una parte della dottrina e giurisprudenza ritengono

---

<sup>279</sup> Lo ricorda A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, cit., p. 18.

<sup>280</sup> Tra gli studi dedicati alla *Saldotheorie*, si segnala P. GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, cit., p. 385 ss.; ID., *I rimedi restitutori in diritto comparato*, cit., spec. p. 241 ss.; P. TRIMARCHI, *Arricchimento senza causa*, cit., *passim*; A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 351 ss.; A. DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 291; P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, 1968, p. 1234 ss.

<sup>281</sup> Ancora P. GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, cit., p. 394.

<sup>282</sup> Cfr. E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, cit., p. 454; A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 354; K. LARENZ, *Schuldrecht*, I, München, 1982, p. 383.

<sup>283</sup> E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 272 ss.; L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 184 ss.

<sup>284</sup> A ben vedere, lo stesso § 348 BGB richiama poi i §§ 320 e 322, che di fatto rappresentano l'omologo italiano dell'eccezione di inadempimento. Sul punto, A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, cit., p. 18, che ricorda come parte della dottrina tedesca avesse inteso in senso fortemente restrittivo questo principio sinallagmatico "a senso invertito", al punto che "divenuta impossibile l'una prestazione, il contraente liberato non potrà pretendere la controprestazione, dato il sinallagma che le governa". Osserva tuttavia l'Autore che tale principio non è stato codificato dalla riforma dello *Schuldrecht*.

applicabile l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. anche per le restituzioni<sup>285</sup>.

Più discussa è la *Saldotheorie* in senso sostanziale, che giunge a considerare l'obbligazione restitutoria come la differenza delle due poste scambiate tra le parti. Tale teoria, elaborata proprio per far fronte ai casi di impossibilità di *restitutio in integrum* del bene alienato, consente quindi alla parte di domandare la restituzione del prezzo sottraendo dallo stesso il valore di ciò che non è più in grado di restituire<sup>286</sup>. La finalità di questa tesi è quella di portare sul terreno delle restituzioni problemi che sono propri del mondo contrattuale, e cioè quello dell'allocazione del rischio e, specificamente, quello del perimento del bene; in questo senso, il risultato è quello di far gravare sull'acquirente tutte le conseguenze negative che rendono impossibile la *restitutio in integrum* del bene che aveva ricevuto, "con il risultato di avvalorare, nella fase restitutoria, l'operazione economica programmata nell'atto di autonomia [...] e cristallizzarla al momento del suo perfezionamento"<sup>287</sup>.

---

<sup>285</sup> Cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, p. 73, secondo cui il fondamento di questo nesso di collegamento tale per cui "ciascuno dei contraenti può rifiutare la restituzione se l'altro non esegue o non offre di eseguire contemporaneamente la restituzione a suo carico" può rinvenirsi anche nella clausola di buona fede ex art. 1375 c.c.; cfr. anche M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., p. 393, in cui si specifica che in questo modo le vicende che interessano una delle due obbligazioni restitutorie si rifletterebbero inevitabilmente sull'altra, facendo così rilevare un nesso di interdipendenza tra le stesse. Da questo punto di vista l'Autore argomenta sulla possibilità di un'estensione analogica dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. anche al tema delle restituzioni, chiedendosi se sia ammissibile che una parte sospenda la restituzione della propria prestazione fino al momento in cui anche l'altra parte non adempie alla propria restituzione. Del medesimo avviso sono S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, cit., p. 168; L. BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento (Art. 1460-1462 c.c.)*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 17. *Contra*, invece, G. SICCHIERO, *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 674, per cui l'eccezione di inadempimento si riferisce solo al rapporto contrattuale e non alle obbligazioni restitutorie che nascono dal fenomeno risolutorio, poiché sono altri "semmai gli strumenti di tutela da utilizzare in tale caso, dall'eccezione di compensazione al sequestro conservativo, al diritto di ritenzione a seconda delle regole poste dal codice a presidio del creditore".

La questione è dibattuta in giurisprudenza: a favore dell'analogia Cass. 23.04.1980, n. 2678; Cass. 27.03.1962, n. 623. *Contra*, Cass. 09.09.2004, n. 18143; Cass. 04.06.2001, n. 7470. Per altri riferimenti giurisprudenziali si veda anche A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 445.

Accenna il problema, con riguardo alla nullità, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 69, secondo cui "le due prestazioni sono interdipendenti fra loro al punto da non poter domandare nulla alla controparte che non possa adempiere ai suoi obblighi".

<sup>286</sup> "Cosicché il suo credito [...] si riduce all'eventuale eccedenza fra il dare e il ricevere", come chiosa E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 273; analogamente, C. TRANQUILLO, *Risoluzione per inadempimento e funzione delle restituzioni*, cit., p. 836.

<sup>287</sup> Ancora E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 275.

In realtà, la teoria del saldo ha ricevuto critiche da parte della dottrina tedesca e limitazioni da parte della giurisprudenza<sup>288</sup>; senza contare che essa può attivarsi solo in presenza di un'attuazione bilaterale del contratto<sup>289</sup>, così vedendone ridotto il potenziale ambito applicativo.

E non può tacersi il fatto che la stessa ha subito parziali attenuazioni alla luce della riforma dello *Schuldrecht* del 2002: ciò si manifesta con evidenza sia nella regola che pone il corrispettivo pattuito nel contratto (anziché il valore oggettivo del bene) come base di calcolo del valore da restituire quando la restituzione della prestazione è divenuta impossibile<sup>290</sup>, sia nella regola sancita § 346, comma 3(3) BGB, che esonera l'*accipiens* dall'obbligo di pagare il valore del bene deteriorato o perito quando questi ha esercitato l'ordinaria diligenza sulla cosa.

In ogni caso, rimane il fatto che la *ratio* del § 346 BGB sia quella di “garantire che il rapporto concordato dalle parti tra prestazione e controprestazione rimanga invariato anche dopo l'esercizio del diritto di recesso”<sup>291</sup>.

Anche quella italiana si è mostrata cauta nel prevederne una trasposizione *tout court*, che si scontrerebbe in prima battuta con il disposto dell'art. 2037 c.c. e comunque porterebbe ad esiti di dubbia compatibilità con i principi generali in tema di rischio<sup>292</sup>.

---

<sup>288</sup> Ad esempio, è stato escluso il ricorso alla teoria del saldo nell'ipotesi di un contratto invalido per dolo di una parte nei confronti dell'altra; ancora nell'ipotesi di contratto stipulato da persona incapace, poiché questi ultimi sono legittimati a ripetere la loro prestazione anche nel caso in cui non possano restituire la loro; o ancora quando il peggioramento delle condizioni della *res* alienata dipenda da fattori di cui il venditore deve rispondere: cfr. sul punto P. GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, cit., p. 242. Ne dà atto anche A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 334.

<sup>289</sup> Con la conseguenza di una evidente disparità di trattamento in funzione del pagamento o meno del corrispettivo: e infatti se il corrispettivo viene pagato dall'*accipiens*, il *solvens* ha diritto di trattenerlo nei limiti del valore della cosa che l'*accipiens* restituirà, mentre laddove il corrispettivo non venisse pagato, il rischio graverebbe tutto sul *solvens*, “non potendo quest'ultimo pretenderne il pagamento a causa della nullità [o della risoluzione] dell'atto, né invocare, evidentemente, l'esistenza di un sinallagma tra le due obbligazioni restitutorie”: in questi termini E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 532.

<sup>290</sup> In questo senso, E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 440, che precisa appunto che “secondo la teoria del saldo [...] è l'oggettivo valore di mercato il criterio per calcolare l'equivalente della prestazione divenuta impossibile”. Peraltro, come riporta L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 158 ss., anche la letteratura tedesca successiva alla riforma ha contestato questa idea per cui le restituzioni dovrebbero essere parametriche al prezzo contrattuale, dovendosi più correttamente far riferimento al prezzo di mercato.

<sup>291</sup> Lo afferma C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003, p. 67.

<sup>292</sup> Ne dà atto P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 150 s., per il quale la teoria implica “qualche incoerenza, e conduc[e] talora a risultati iniqui”.

E tuttavia non può tacersi il fatto che anche i progetti di codificazione europei si stanno muovendo nella direzione volta ad affermare l'esistenza di una reciprocità tra le obbligazioni restitutorie; in questo senso depone sia il *Draft Common Frame of Reference*, per cui l'art. III.-3.511(1) sancisce che “*where both parties have obligations to return, the obligations are reciprocals*”, sia i Principi UNIDROIT, per cui all'art. 7.3.6 è previsto che una volta che viene risolto il contratto “ciascuna delle parti può chiedere la restituzione di tutto ciò che abbia fornito, a condizione che a sua volta essa contestualmente restituisca tutto ciò che ha ricevuto”, specificando che quando quella in natura non è possibile, si restituisce l'equivalente in denaro “quando ragionevole”.

#### *11. Verso la restituzione dell'azienda. Rinvio.*

Al termine del presente capitolo è opportuna una breve sintesi.

Nell'assenza di una specifica disciplina che sul piano generale regoli i rimedi restitutori derivanti da caducazione negoziale, rappresenta un dato oramai ineludibile la tendenziale insoddisfazione per le ipotesi ricostruttive che poggino sull'applicazione *tout court* delle norme sulla ripetizione dell'indebito. Il perno su cui ruota la disciplina di cui agli artt. 2033 ss., vale a dire la distinzione tra buona e mala fede dell'*accipiens indebiti*, conduce a risultati applicativi non coerenti con le logiche che governano i rimedi contrattuali.

Applicando tali regole alla restituzione dell'azienda dovuta dal cessionario, si creano effetti distorsivi, che in parte collidono con i rimedi della nullità, dell'annullamento e della risoluzione, e in parte fondano obbligazioni restitutorie di diversa natura in funzione della condizione psicologica soggettiva ascrivibile alle parti.

D'altro canto – ma questo è un tema che rimane strettamente collegato a quello delle restituzioni – anche il fenomeno della retroattività delle impugnazioni negoziali ha vissuto (e sta vivendo) momenti di ripensamento da parte della dottrina, tanto con riguardo all'ipotesi della nullità del contratto, quanto della risoluzione.

In entrambi i sensi paiono confortare i risultati a cui sono pervenuti gli ordinamenti tedesco e francese e i progetti di riforma europei, che sono giunti a

disciplinare in modo più organico le restituzioni contrattuali, prescindendo da preconcetti di natura dogmatica, e coordinando tra loro il rimedio primario e quello secondario.

La situazione, peraltro, sembra ulteriormente complicarsi allorché le prestazioni non possano essere restituite in natura, in tutto o in parte: al di là di quelle strutturalmente irripetibili (es. quelle di fare o di lasciar godere), la questione può coinvolgere anche l'impossibilità di restituire un bene per circostanze sopravvenute che non consentono il ripristino della situazione anteriore alla consegna; e tali circostanze possono essere tanto di carattere materiale (es. perimento del bene, deterioramento, trasformazione, ma anche addizioni o miglioramenti) oppure di carattere giuridico (es. mutamento della destinazione giuridica della cosa, incommerciabilità, espropriazione ecc.)<sup>293</sup>.

Questi eventi turbano il meccanismo restitutorio, interferendo sull'equilibrio delle prestazioni inizialmente dedotte nel contratto.

Così, il sistema delle restituzioni contrattuali – quantomeno di fronte ad ipotesi di impossibilità di una *restitutio in integrum* – lungi dall'essere una mera conseguenza naturale dell'impugnazione negoziale proposta, porta con sé questioni che sottendono problematiche attinenti all'allocazione del rischio<sup>294</sup>: e cioè quale parte debba subire (o giovare) delle conseguenze che si sono prodotte *medio tempore*.

Questo è il tema centrale che si presenta con riferimento alla dichiarazione di invalidità o alla pronuncia di risoluzione di un contratto di cessione d'azienda, in cui la gestione effettuata *medio tempore* dal cessionario si riverbera sull'obbligazione restitutoria di questi; nonché sugli eventuali rapporti, diritti e affidamenti di soggetti terzi che sono entrati in contatto con la realtà aziendale.

Di fronte a queste considerazioni, occorre quindi prendere coscienza che il sistema della retrocessione dell'azienda necessita di rimediazioni, che non possono adagiarsi sulle conclusioni tradizionali del riferimento alla disciplina dell'indebito o

---

<sup>293</sup> Questa distinzione è presente in E. BARGELLI, “*Sinallagma rovesciato*” e ripetizione dell'indebito. *L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, cit., p. 95.

<sup>294</sup> Accennano il problema anche A. NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, cit., p. 796 s., ove nel trattare il tema della risoluzione nell'ipotesi di perimento della cosa dovuto a caso fortuito, afferma che se la parte che domanda la risoluzione è tenuta alla restituzione della somma percepita ma in cambio non ottiene nulla proprio perché il bene è andato distrutto “la risoluzione opererebbe uno strano accolto di rischi”; C. TRANQUILLO, *Risoluzione per inadempimento e funzione delle restituzioni*, cit., p. 831.

all'operare retroattivo delle pronunce, che peraltro non prendono in considerazione (né risolvono) l'ampio tema dei rapporti pendenti che ineriscono all'azienda.

Queste linee di ricerca costituiranno l'ossatura del successivo capitolo.

### CAPITOLO III

#### LA RESTITUZIONE DELL'AZIENDA QUALE CONSEGUENZA DELLA DOMANDA DEL CEDENTE: UN'IPOTESI RICOSTRUTTIVA

*Premessa.*

Il presente capitolo si articola all'interno di due sezioni, giacchè un'ipotesi ricostruttiva avente ad oggetto la restituzione dell'azienda pone due ordini di questioni: (i) da un lato, l'analisi dei rapporti restitutori tra le due parti che avevano stipulato originariamente il contratto di cessione d'azienda; (ii) dall'altro l'indagine relativa ai rapporti con soggetti terzi (quali possono essere terzi che hanno stipulato contratti inerenti all'esercizio dell'azienda, terzi debitori o terzi creditori) che, pur influenzando le eventuali pretese restitutorie di cedente e cessionario, necessitano di diverse condizioni che tengano presente anche gli interessi di questi soggetti.

Nella prima sezione saranno svolte considerazioni di carattere generale riguardanti la domanda di restituzione dell'azienda in occasione della caducazione del negozio con cui essa era stata alienata originariamente. Si illustrerà come tale domanda miri a realizzare una sostituzione imprenditoriale di carattere inverso, e come essa possa essere accostata, sul piano sistematico, ad una sorta di ratifica dell'operato altrui con riferimento alla conduzione *medio tempore* svolta dal soggetto cessionario.

La constatazione – già più volte richiamata – circa la diversità di composizione patrimoniale dell'azienda da restituire (tanto sotto il profilo dei beni, quanto dei rapporti giuridici ad essa afferenti) apre alla necessità di comprendere chi sia il soggetto che subisce il rischio del maggior o del minor valore del complesso produttivo rispetto a quello originario che l'azienda aveva al momento della cessione.

Verranno quindi formulate ipotesi concernenti i complessi profili restitutori del compendio produttivo, analizzando, in particolare, eventuali indennizzi e poste di dare/avere che si porranno in capo al cedente o al cessionario, conseguenti, rispettivamente, a un miglioramento o a un deterioramento dell'azienda.

Nella seconda sezione si volgerà l'analisi ai rapporti pendenti esistenti al momento della retrocessione dell'azienda: dunque al profilo che attiene ai soggetti terzi che "subiscono" la retrocessione, seguendo l'idea per cui, a certe condizioni, è possibile operare un'applicazione analogica (e inversa) delle norme dettate dal Codice civile con riferimento alla circolazione di progresso (artt. 2558 ss. e art. 2112 c.c.). Infine, si verificherà se sussiste la possibilità di estendere analogicamente l'art. 2557 c.c., sul divieto di concorrenza.



## SEZIONE I

### LA RESTITUZIONE DELL'AZIENDA TRA SOSTITUZIONE IMPRENDITORIALE INVERSA E "RATIFICA" DELL'OPERATO ALTRUI. VARIAZIONI DI VALORE E PRETESE INDENNITARIE.

**SOMMARIO:** 1. L'impossibilità di *restitutio in integrum* dell'azienda. Esclusione del rimedio impugnatorio o riduzione dell'art. 1492, comma 3, c.c.? – 1.1. L'impossibilità assoluta di restituzione dell'azienda. Cenni. – 2. L'individuazione dell'azienda da restituire. Il richiamo alla sostituzione imprenditoriale (inversa). – 3. La domanda di restituzione d'azienda come "ratifica" dell'operato altrui. L'applicazione dell'art. 2032 c.c. – 4. La composizione dell'azienda da restituire. Il problema dell'allocatione del rischio. – 4.1. *Res perit domino* come criterio di allocatione del rischio. Critica. – 4.2. Il rischio nella disciplina dell'indebito: ancora sull'art. 2037 c.c. – 4.3. *Res perit accipienti* (o: *emptori*). – 5. Alla ricerca di un principio generale: rischio imprenditoriale e sfera di controllo. Il richiamo alla teoria del saldo. – 6. Il fondamento normativo: l'art. 2561, comma 4, c.c. quale clausola generale per le variazioni di valore dell'azienda. – 7. La domanda di restituzione dell'azienda deteriorata. Il problema. – 7.1. Il diritto all'indennizzo del cedente per la diminuzione di valore. – 8. L'incremento di valore dell'azienda da parte del cessionario. Il problema. – 8.1. Le addizioni e i miglioramenti apportati dal cessionario. – 8.2. L'indennizzo dovuto al cessionario per l'aumento di valore dell'azienda. – 8.3 Spese sostenute e compenso del gestore. – 9. Due corollari delle restituzioni. I frutti e il valore oggettivo di godimento. – 9.1. I frutti prodotti dall'azienda e il profitto d'impresa. – 9.2. La restituzione del valore oggettivo di godimento delle prestazioni. – 10. Il perimento, il deterioramento e il miglioramento fortuito. – 11. Il parametro per il valore dell'azienda.

*1. L'impossibilità di restitutio in integrum dell'azienda. Esclusione del rimedio impugnatorio o riduzione dell'art. 1492, comma 3, c.c.?*

Prima di dedicare l'attenzione al tema della restituzione dell'azienda è opportuno soffermarsi su un aspetto preliminare, che può sintetizzarsi con la seguente domanda: può essere oggetto di restituzione un'azienda che è mutata nel corso del tempo (tra la stipulazione del contratto/consegna del bene al cessionario<sup>1</sup> e la domanda di restituzione), oppure il fatto stesso dell'impossibilità di *restitutio in integrum* fa sì che

---

<sup>1</sup> I due termini temporali, come noto, sono ben distinti anche dal punto di vista giuridico, giacché l'ordinamento italiano adotta il principio consensualistico.

non si possa agire per far dichiarare la nullità, l'annullamento o la risoluzione del contratto di cessione d'azienda?

In altri termini, più generali: si deve negare a colui che deteriora, trasforma o distrugge il bene che gli è stato alienato la possibilità di esperire il rimedio contrattuale volto alla rimozione del contratto quando egli non potrà essere in grado di restituire quanto inizialmente ottenuto?

Come già anticipato, questa situazione è quella che si verifica normalmente, poiché l'azienda – bene dinamico – non concepisce dal punto di vista ontologico uno *status* di quiete, e la sua composizione continua a variare nel corso del tempo, in funzione della gestione che ne viene fatta dall'imprenditore.

Anche questa prima domanda pone già un problema di allocazione del rischio, sulla scorta di quanto evidenziato sul finire del precedente capitolo<sup>2</sup>: negare all'attore la possibilità di sciogliersi dal contratto significherebbe far gravare su di lui *ipso iure* ogni perdita (ma anche, eventualmente, ogni miglioramento) derivante dalla sua temporanea gestione dell'azienda<sup>3</sup>, senza poter mettere in discussione il negozio con cui l'azienda era originariamente circolata.

Da un punto di vista generale, la legge sembra disinteressarsi di questo problema, sia in materia di invalidità del contratto, sia con riguardo alla risoluzione. Né disposizioni si ricavano nel capo dedicato all'azienda, in cui forse proprio l'esistenza di una norma sulle differenze tra le consistenze di inventario (art. 2561, comma 4, c.c.) – benchè dettata solo per l'usufrutto e l'affitto, quale obbligo che consegue al termine del contratto – potrebbe indirizzare l'interprete verso una soluzione che contempli l'esperibilità del rimedio nonostante le modifiche al bene<sup>4</sup>.

Beninteso, il problema non è neppure risolto dall'art. 2037 c.c., perché mentre quest'ultima norma presuppone già l'esistenza di una fattispecie restitutoria, il quesito poc'anzi posto si pone a monte, e cioè riguarda la circostanza da cui poi scaturirebbe l'obbligo restitutorio<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. *supra*, Cap. II, § 11.

<sup>3</sup> Lo sottolinea E. BARGELLI, "Sinallagma rovesciato" e ripetizione dell'indebito. *L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, cit., p. 93.

<sup>4</sup> D'altronde, il riferimento al "termine dell'usufrutto" sembra poter abbracciare ipotesi che vanno oltre quella della semplice scadenza, potendo quindi estendersi anche a quelle che derivano da caducazione negoziale. Sul punto, si tornerà *infra*, § 6.

<sup>5</sup> Pone questa avvertenza C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 816 s.

Una parziale risposta si ricava tuttavia dalle norme in tema di compravendita.

L'art. 1492, comma 3, c.c., dettato per la sola ipotesi di risoluzione, nel disciplinare gli effetti della garanzia per vizi dovuta nel contratto di compravendita, dispone che se la cosa è perita in conseguenza dei vizi il compratore ha diritto a chiedere la risoluzione del contratto, ma se al contrario il perimento del bene dipende da caso fortuito o da colpa dell'acquirente, ovvero se questi l'ha alienata o trasformata, l'unico rimedio possibile è la riduzione del prezzo, mentre è preclusa l'azione di risoluzione del contratto<sup>6</sup>.

Il Codice del consumo italiano sembra porsi su una linea più rigida, poiché richiede la "sostanziale integrità del bene" quale condizione essenziale perché il consumatore possa esercitare il diritto di recesso *ex art. 67*<sup>7</sup>.

Indicazioni analoghe sono presenti nella Convenzione di Vienna ed erano accolte in Germania, anteriormente alla riforma del 2002<sup>8</sup>.

Anche la dottrina, in passato, aveva formulato tesi volte alla limitazione del diritto di agire in risoluzione, subordinandolo alla possibilità materiale di restituire la prestazione conseguita<sup>9</sup>; così, di fronte all'impossibilità di adempiere all'obbligazione restitutoria scaturente dalla (successiva) pronuncia veniva impedito di azionare il rimedio<sup>10</sup>. La soluzione era stata sostenuta anche da una parte della giurisprudenza, che estendeva in via generale il disposto dell'art. 1492, comma 3, c.c. anche ad altre

---

<sup>6</sup> Sulla *ratio* della norma e le diverse teorie elaborate dalla dottrina si rinvia a R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, Padova, 2004, p. 3 ss.

<sup>7</sup> Precisando che "è sufficiente che il bene sia restituito in normale stato di conservazione, in quanto sia stato custodito ed eventualmente adoperato con l'uso della normale diligenza". Peraltro, occorre sottolineare che il concetto di "sostanziale integrità", nella sua genericità, non distingue le ipotesi di deterioramento, trasformazione, alienazione ecc., come sottolinea E. BARGELLI, "*Sinallagma rovesciato*" e ripetizione dell'indebito. *L'impossibilità della restituito in integrum nella prassi giurisprudenziale*, cit., p. 94, spec. *sub nota* 26.

<sup>8</sup> Ne dà atto, ancora, E. BARGELLI, "*Sinallagma rovesciato*" e ripetizione dell'indebito. *L'impossibilità della restituito in integrum nella prassi giurisprudenziale*, cit., p. 95 ss. Per un panorama della precedente versione del BGB, C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 818.

<sup>9</sup> Si veda G. MARESCA, *Impossibilità della restituito in integrum e risolubilità, rescindibilità, annullabilità del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 78 ss., spec. p. 81 ss. per cui esisterebbe un "principio generale, per cui l'attore deve restituire la prestazione ricevuta, se vuole agire in risoluzione, e non potendo restituirla per alienazione, distruzione o trasformazione della cosa, l'azione di risoluzione gli è preclusa". L'A. estende poi la soluzione anche all'ipotesi di annullamento del contratto, rilevando che sarebbe preclusa l'azione di annullamento all'attore che non sarebbe in grado di restituire la propria prestazione *in integrum*.

<sup>10</sup> Cfr. E. ENRIETTI, *Della risoluzione*, in *Commentario D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1948, p. 813; L. MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 250; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 804; L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 243 ss., p. 266.

ipotesi contrattuali<sup>11</sup> e ad eventi che non riguardavano propriamente l'esistenza di vizi<sup>12</sup>.

Dilatando i confini della norma in commento, si rischierebbe di assistere al paradosso per cui il compratore dell'azienda sarebbe pressoché sempre impossibilitato ad agire per la risoluzione del contratto, poiché nel momento in cui l'azienda entra nel suo patrimonio essa subisce inevitabilmente modificazioni, che corrispondono al normale svolgimento dell'attività imprenditoriale.

L'opinione volta ad estendere la previsione dell'art. 1492, comma 3, c.c. è stata contrastata con l'affermazione per cui essa opererebbe un (illogico) rovesciamento dei piani, poiché le restituzioni sono un effetto del rimedio contrattuale e non un suo presupposto<sup>13</sup>; e affermare il contrario significherebbe che l'impossibilità di raggiungere il (*rectius*: un) risultato pratico della pronuncia di risoluzione – cioè il ripristino dello *status quo ante* – inciderebbe negativamente sul rimedio primario, “impedendo così il dispiegarsi dell'effetto principale costituito dallo scioglimento del rapporto”<sup>14</sup>. Senza contare che la pronuncia di risoluzione porta con sé altri effetti, primo fra tutti quello risarcitorio, che verrebbe negato laddove non si consentisse al soggetto che non può restituire la prestazione di poter comunque agire per domandare lo scioglimento del contratto.

---

<sup>11</sup> Ci si riferisce, in particolare, a Cass. 18.02.1983, n. 1254, per cui “il principio per cui la risoluzione del contratto è preclusa dall'impossibilità di restituire l'oggetto nel suo stato originario opera, ai sensi dell'art. 1492 comma 3 c.c., che è espressione di una regola generale e, quindi, non ha valore limitatamente al contratto di vendita, solo quando l'impossibilità di restituzione nello *statu quo ante* si sia verificata senza colpa di colui che ha consegnato il bene, poiché non è lecito addebitare ad un contraente le conseguenze di un evento (perimento in senso fisico o giuridico di un bene) che è stato determinato quanto meno in modo prevalente da fatto imputabile all'altro contraente”; cfr. anche Cass. 21.12.1977, n. 5664. Più di recente, Trib. Cagliari, 03.04.1995, in *Riv. giur. sarda*, 1996, p. 454 ss. con nota di R. FADDA, *Sull'inammissibilità dell'azione redibitoria in caso di utilizzazione della cosa acquistata che modifichi la situazione della stessa*.

<sup>12</sup> E infatti, la giurisprudenza estendeva anche la stessa previsione dell'art. 1492, comma 3, c.c. ad ipotesi non proprio coincidenti con il perimento in conseguenza dei vizi della *res*, e cioè ai casi di vendita di una cosa non recante qualità promesse o essenziali, oppure di fronte ad ipotesi di vendita di *aliud pro alio*. Si veda Cass. 08.11.1965, n. 2327, in *Giur. it.*, 1965, I, c. 1475 e Cass. 23.01.1988, n. 521, in *Foro. it.*, 1989, c. 1206.

<sup>13</sup> Tra i molti, R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. VASSALLI, Torino, 1975, p. 946; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 960; R.. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., p. 11 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 740.

<sup>14</sup> Ancora, R.. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., p. 13 s. Analogamente G. DI MAJO, *Alienazione della cosa acquistata e azione di risoluzione per vizi*, in *Foro pad.*, 1966, p. 757 ss., p. 760.

Peraltro, sembra porsi su questa posizione anche la giurisprudenza formatasi attorno all'art. 1492, comma 3, c.c., che vede la *ratio* della norma non tanto nella obiettiva impossibilità di ripristino della situazione anteriore alla stipulazione del contratto, ma piuttosto nella oggettiva rilevanza della utilizzazione definitiva della cosa viziata di cui l'acquirente abbia comunque usufruito<sup>15</sup>.

Per quanto nel precedente capitolo si sia dato atto che le restituzioni contrattuali siano talvolta da considerare come parte integrante del rimedio demolitorio del contratto (e non solo come un mero effetto che consegue alla pronuncia)<sup>16</sup>, sembra da preferire questa seconda impostazione. Ciò non tanto per il rapporto da causa-effetto citato, ma piuttosto perché da questi pochi dati testuali presenti nell'ordinamento italiano non sembra possibile dedurre un principio generale che vieta all'attore di agire per la risoluzione quando non può restituire *in integrum* la prestazione ricevuta; al punto tale che la regola sancita dall'art. 1492, comma 3, c.c. sembra contraddetta da quella posta dall'art. 1668, comma 2, c.c., che prevede che il committente possa chiedere la risoluzione anche di fronte ad un'opera viziata o difforme da quella pattuita, così avvalorando "la compatibilità tra la risoluzione e il mutamento irreversibile dello stato di fatto intervenuto in seguito all'esecuzione del contratto"<sup>17</sup>.

Su un piano più generale, questo discorso deve valere a maggior ragione per l'ipotesi che contempla il contratto di cessione d'azienda: affermare l'impossibilità di domandare la risoluzione (o addirittura, se si volesse estendere il principio, alle invalidità) del contratto quando l'azienda consegnata non possa più essere restituita nella sua composizione originaria limiterebbe lo spazio di manovra dell'acquirente in dipendenza di situazioni che attengono all'intrinseca natura del bene oggetto del contratto<sup>18</sup>.

D'altronde, tale principio sembra poi ricavarsi proprio dallo stesso art. 1492 c.c.: nell'affermare che il perimento per vizi imputabili al venditore non preclude l'azione redibitoria al compratore vi è la miglior prova che l'impossibilità della *restitutio in*

---

<sup>15</sup> Cfr. Cass. 25.05.2006, n. 12382; Cass. 29.11.2004, n. 22416; Cass. 15.01.2001, n. 489.

<sup>16</sup> Cfr. *retro*, Cap. II, § 9 ss.

<sup>17</sup> E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 383.

<sup>18</sup> In questi termini, seppur con riferimento all'ipotesi della rivendicazione, F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 431, per cui "la diversa consistenza dell'azienda non incide sul contenuto della rivendica".

*integrum* non è considerata di per sé un ostacolo alla domanda di risoluzione del contratto<sup>19</sup>.

Pertanto, al di là dell'ipotesi menzionata nell'art. 1492, comma 3, che impedisce l'azione di risoluzione in presenza del perimento dell'azienda per caso fortuito o per colpa del cessionario, non sembra ci siano spazi per affermare che nell'ordinamento italiano l'impossibilità della *restitutio in integrum* dell'azienda comporti per l'attore l'impossibilità di poter agire per chiedere lo scioglimento del contratto di cessione.

Deve quindi operare un'interpretazione restrittiva della norma in commento.

### *1.1. L'impossibilità assoluta di restituzione dell'azienda. Cenni.*

Esulano dalla presente trattazione le ipotesi di assoluta impossibilità di restituzione dell'azienda, che si possono immaginare allorquando l'azienda sia definitivamente fuoriuscita dal patrimonio del cessionario: quest'ultimo potrebbe, per esempio, averla ceduta ad un terzo, oppure essere stato coinvolto in un'operazione straordinaria (es. trasformazione, fusione o scissione) che ha direttamente impattato sullo stesso compendio produttivo.

La stabilità delle vicende e dei rapporti societari da un lato<sup>20</sup>, e l'inopponibilità di taluni rimedi caducatori nei confronti di terzi acquirenti (risoluzione e, a certe condizioni, l'annullamento)<sup>21</sup> dall'altro, possono rappresentare un concreto ostacolo al ripristino dello *status quo ante* per il cedente, con la conseguenza, per quest'ultimo, di non poter più recuperare "fisicamente" il compendio produttivo. In questi casi, il fulcro della tutela concessa al cedente si sposta: dalla *restitutio in integrum* a quella per equivalente. Salvo, in ogni caso, il diritto al risarcimento del danno.

---

<sup>19</sup> Cfr. in questo senso Cass. 15.01.2001, n. 489; Cass. 22.01.1966, n. 68. Sul punto, si veda anche U. GRASSI, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1996, p. 105.

<sup>20</sup> Un esempio si rinviene negli artt. 2500-*bis* e 2504-*quater* c.c. (quest'ultimo richiamato anche in materia di scissione) che nel sancire, rispettivamente, che l'invalidità dell'atto di trasformazione e di fusione non possono essere più pronunciate dopo le iscrizioni pubblicitarie previste, fanno comunque salvo il diritto al risarcimento del danno dei soggetti danneggiati dall'operazione societaria.

<sup>21</sup> Il tema è stato trattato, con specifico riguardo all'azienda, *supra*: cfr. Cap. II, § 7.1.

Ciò chiarito, nel presente elaborato si prenderà in considerazione l'ipotesi in cui l'azienda, ancorché modificata nella propria composizione patrimoniale, possa essere materialmente restituita al cedente.

## *2. L'individuazione dell'azienda da restituire. Il richiamo alla sostituzione imprenditoriale (inversa).*

La modifica della composizione patrimoniale dell'azienda rappresenta il primo problema che l'interprete si trova a fronteggiare.

È già stato detto che tra il momento dell'alienazione e quello dell'instaurazione del giudizio volto alla caducazione di tale contratto possono trascorrere anche anni e, di conseguenza, il valore dell'azienda mutare, accrescendo o diminuendo la propria consistenza e la propria potenzialità produttiva. Alcuni elementi che erano presenti al momento della conclusione del contratto potranno esserne fuoriusciti; altri nuovi, entrati a farne parte.

Preme sin d'ora sottolineare che potrà presentarsi una variazione positiva o negativa del suo valore complessivo: in altre parole, l'azienda potrà essere stata migliorata, oppure deteriorata, sia con riferimento ai beni che la compongono, sia con riguardo ai rapporti pendenti che ad essa afferiscono. Nella complessità di una realtà aziendale, spesso le due situazioni si intrecciano e *medio tempore* si verificano entrambe: banalmente, l'inserimento di un nuovo e più moderno macchinario o l'installazione di impianti energetici più efficienti (voci positive) potranno essere controbilanciate dalla diminuzione delle scorte di materie prime o dalla vendita di prodotti stoccati nel magazzino (voci negative).

Le poste attive e passive sono molteplici, di diversa natura, e di diverso valore.

Questo tema si riflette inevitabilmente sull'oggetto della restituzione da parte del cessionario.

Nel primo capitolo è stato verificato come nella circolazione "di progresso" sono normalmente le parti ad individuare i singoli elementi del compendio produttivo che vengono alienati, fotografando in un preciso istante – quello della conclusione del contratto – la composizione della stesso.

Ciò, con tutta evidenza, non accade nel momento in cui si domanda la restituzione dello stesso compendio produttivo, giacchè non vi è una previa determinazione delle parti sul punto. L'interprete deve dunque procedere ad una dettagliata analisi dei singoli beni e dei rapporti che completano l'azienda, per comprendere quale sia "il complesso di beni organizzati" (art. 2555 c.c.) che retrocede all'alienante. Nell'approcciarsi al problema della restituzione di un compendio produttivo di diversa natura rispetto a quello originariamente circolato, diviene allora fondamentale la cernita degli elementi che possono (o non possono) retrocedere.

Una prima considerazione pare ovvia: con la domanda di restituzione il cedente tornerà in possesso di quegli elementi che egli aveva alienato e che sono ancora presenti nell'azienda al momento della sua retrocessione<sup>22</sup>, giacchè essi costituivano il complesso produttivo (o parte di esso) che le parti hanno inteso trasferire. Esemplicando: se il capannone e i macchinari originariamente compravenduti sono ancora presenti nel momento in cui il contratto viene caducato, non sembra dubitarsi della loro idoneità ad essere parte del compendio che retrocede. Tale soluzione, come si vedrà nella seconda sezione, varrà anche per i rapporti giuridici originariamente assunti dal cedente e ancora esistenti al momento della restituzione.

Ma ciò, con tutta evidenza, non esaurisce il perimetro delle situazioni che si possono verificare: come detto, la gestione del cessionario può avere inciso sulla composizione originaria del compendio produttivo e sulle relazioni giuridiche ad esso afferenti. E, dunque, si pone comunque il problema di capire quale sia la composizione finale dell'azienda che retrocede al cedente.

L'interpretazione "funzionalizzata" della cessione d'azienda che si è inteso dare nel primo capitolo fornisce un'appropriata chiave di lettura.

In quella sede si è dimostrato come tale negozio, più che rappresentare un fenomeno di successione a titolo particolare di beni specificatamente individuati (pur collegati tra loro), costituisce un'ipotesi di successione nell'esercizio di un'attività economica organizzata. In questo senso, è stato affermato che la cessione d'azienda rappresenta un fatto di impresa, strettamente collegato alla logica di sostituzione del gestore di questo complesso di beni.

---

<sup>22</sup> Chiaramente, G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 268, seppur con riferimento al contratto di usufrutto e alla reimmisione del proprietario al momento della scadenza del contratto. Analogamente, F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 315.



Ciò ha permesso di fondare una regola che possa valere nel caso in cui le parti non abbiano dettagliatamente esposto gli elementi costituenti il compendio: si è detto che in questi casi il subentro nella titolarità dell'azienda – con la conseguente applicazione della normativa prevista dagli artt. 2555 ss. c.c. – dovrà essere limitata a tutti (e soli) quei beni che consentono al cessionario di svolgere l'attività d'impresa che si è inteso trasferire tramite lo sfruttamento dell'azienda da parte del cessionario.

Questa considerazione diviene qui fondamentale, giacché, a ben vedere, non è diverso il fenomeno della retrocessione dell'azienda, quando essa sia la conseguenza della domanda restitutoria formulata dal cedente (sia egli l'attore oppure il convenuto nel giudizio per la caducazione del contratto): anche la circolazione di ritorno del complesso produttivo rappresenta un'ipotesi di sostituzione imprenditoriale, poiché il precedente gestore (*rectius*: proprietario) viene reimmesso nell'attività produttiva che aveva precedentemente alienato.

Dunque, tale fenomeno non va indagato solo sotto il profilo causale, ma anche sotto quello finalistico. Seguendo questa linea di pensiero, può allora sciogliersi questo primo problema concernente la configurazione dell'azienda oggetto di restituzione. Se, come detto, anch'essa deve realizzare una sostituzione imprenditoriale – e dunque consentire al cedente che torna nel possesso del compendio produttivo la possibilità di esercitare l'attività d'impresa con essa realizzabile – si dovrà ritenere che, in modo del tutto speculare rispetto a quanto appena affermato, il cedente subentrerà nella titolarità di tutti (e soli) quegli elementi che sono funzionali allo svolgimento, da parte sua, di un'attività di impresa<sup>23</sup>.

In altri termini, al momento della restituzione si “fotografano” nuovamente tutti gli elementi che compongono l'azienda: e ciò rappresenterà il compendio produttivo oggetto della circolazione inversa.

Il cambio di prospettiva che si è assunto nel primo capitolo, cioè il fatto che la predisposizione di una normativa speciale – che si applica anche al di là della volontà delle parti – sia il sintomo del fatto che il trasferimento d'azienda “incorpora un fatto relativo all'impresa”<sup>24</sup>, apre alla possibilità che le norme dettate dal Codice

---

<sup>23</sup> Lo conferma, seppur con riferimento all'ipotesi dell'usufrutto d'azienda, M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 275, per cui “oggetto della restituzione [...] deve essere dunque un apparato produttivo e un insieme di rapporti d'affari sufficiente per la prosecuzione della serie [imprenditoriale]”.

<sup>24</sup> Ancora M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 31.

travalichino i limiti a cui sembrano (solo a prima vista) dedicate, vale a dire quelli della circolazione di progresso. E questo tema assumerà una centrale importanza nella seconda sezione del presente capitolo, quando si tratterà la questione dei rapporti pendenti inerenti all'azienda.

A questo proposito, non sembra potersi ribattere che la disciplina prevista dagli artt. 2555 ss. c.c. possa applicarsi solo laddove si sia in presenza di una fattispecie alla cui base sia presente un atto negoziale, mentre nella restituzione dell'azienda che consegue alla pronuncia di nullità o di risoluzione non vi sarebbe alcun elemento volontaristico.

Al di là delle critiche che saranno successivamente mosse a questo modo di argomentare della giurisprudenza con riferimento ai rapporti pendenti al momento della retrocessione<sup>25</sup>, non può sottolinearsi come siano gli stessi giudici a considerare il *corpus* delle norme dedicato all'azienda suscettibile di applicazioni estensive o analogiche. E ciò si intravede, per esempio, in tema di usucapione dell'azienda, ove le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che le norme dettate per gli acquisti a titolo derivativo (artt. 2558, 2559, 2560 e 2112 c.c.) possono applicarsi anche nell'ipotesi di acquisti a titolo originario<sup>26</sup>. O ancora in tema di legato d'azienda, per cui il legatario risponderebbe dei debiti risultanti dai libri contabili ai sensi dell'art. 2560, comma 2, c.c., potendo tuttavia rivalersi sugli eredi a carico dei quali resta la passività aziendale<sup>27</sup>. Anche la dottrina mostra aperture rispetto all'applicazione delle regole dettate dal Codice civile in materia di trasferimento d'azienda anche laddove non vi sia un atto negoziale alla base del trasferimento: ciò avviene, per esempio, con riferimento alla rivendicazione, ove la sostituzione del soggetto rivendicante rispetto all'usurpatore dell'azienda "si completa poi con la successione del primo nei rapporti contrattuali e di lavoro"<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Sul punto, si tornerà ampiamente *infra*, § 12.1.

<sup>26</sup> Lo esplicita chiaramente Cass., sez. un., 05.03.2014, n. 5087, cit. La soluzione è sostenuta anche in dottrina da G. AULETTA, voce *Azienda*, cit., p. 16.

<sup>27</sup> App. Palermo, 30 dicembre 2009; *Contra*, tuttavia, Cass. 29.01.2016, n. 1720, in *Giur. it.*, 2017, p. 107 ss., con nota di S. LUONI e M. CAVANNA, *Azienda – legato – legato d'azienda e responsabilità per debiti del legatario*, che riformando la precedente sentenza ha statuito che il legatario è tenuto al pagamento dei debiti aziendali, ancorché nei limiti del valore dell'azienda medesima, *ex art.* 671 c.c. e non *ex art.* 2560 c.c.

<sup>28</sup> Cfr. M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 99, che applica le regole disposte dagli artt. 2558 e 2112 c.c., mentre chiarisce che non potrebbero operare le diverse regole in materia di crediti e debiti (artt. 2559 e 2560 c.c.), in quanto tali norme non potrebbero operare in ipotesi diverse dalla semplice cessione.

Sul piano della ricostruzione dell'intero fenomeno non può dunque non tenersi conto che anche la restituzione dell'azienda si inserisce nel più ampio contesto della sostituzione imprenditoriale; e l'interpretazione delle norme che si è data nel primo capitolo con riferimento alla circolazione di progresso non potrà che riproporsi, a certe condizioni e con i dovuti aggiustamenti, anche in questa sede.

*3. La domanda di restituzione d'azienda come "ratifica" dell'operato altrui. L'applicazione dell'art. 2032 c.c.*

Se, come detto, la domanda di retrocessione dell'azienda mira a realizzare un'ipotesi di sostituzione imprenditoriale inversa, occorre soffermarsi sulla sua portata dal punto di vista sistematico: ci si chiede, in particolare, in che termini si possa configurare la domanda di restituzione di un bene produttivo che, *medio tempore*, ha subito modificazioni nella propria consistenza da parte di un soggetto diverso dal legittimo titolare.

All'apparenza, il cessionario che ha esercitato un potere di fatto sull'azienda, la cui titolarità viene poi ricondotta all'originario proprietario in virtù della caducazione del negozio con cui essa era circolata, potrebbe sembrare nella posizione di colui che ha gestito un affare altrui, permettendo, senza cesure, la continuazione dell'attività imprenditoriale<sup>29</sup>.

L'applicazione dell'art. 2028 c.c. è smentita, tuttavia, da due considerazioni: di norma, in capo al cessionario mancano i requisiti dell'*animus aliena negotia gerendi* (l'intento del gestore di agire per un affare altrui o per la cura di interesse altrui)<sup>30</sup> e,

---

<sup>29</sup> Sul tema della gestione di affari altrui, in generale, si vedano, in particolare, i lavori di: P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit.; D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, Napoli, 2004; L. ARU, *Della gestione di affari*, in L. ARU, E. MOSCATI, P. D'ONOFRIO, *Commento sub artt. 2028-2042*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit.; I. GARACI, *La gestione d'affari altrui*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da P. SCHLESINGER e F.D. BUSNELLI, Milano, 2018; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)* cit.

<sup>30</sup> Si potrebbe dubitare che tale elemento sussista laddove il cessionario sia consapevole dell'invalidità del negozio o sia stato lui a viziare il consenso dell'altra parte.

soprattutto, della spontaneità della gestione (giacché egli conduce l'azienda in virtù del titolo contrattuale posto alla base dell'alienazione)<sup>31</sup>.

Il discorso va impostato diversamente, seppur rimanendo sempre nell'ambito delle norme che riguardano la gestione di un affare appartenente ad un altro soggetto.

Quando il cedente formula la domanda di restituzione dell'azienda nel giudizio di caducazione del contratto, egli esprime un chiaro indice volontaristico di riappropriarsi del complesso produttivo nello stato attuale in cui esso si trova – dunque, con eventuali deterioramenti o miglioramenti –, e di tornare ad esercitare un potere gestorio su di esso, nell'ottica di continuare l'attività produttiva che nel frattempo gestiva un altro soggetto<sup>32</sup>.

In poche parole, la domanda di restituzione dell'azienda è per certi versi assimilabile ad una ratifica dell'attività svolta dal cessionario/gestore relativamente al complesso di beni che retrocede al cedente/interessato, quando tale gestione si fonda su un contratto poi caducato. E ciò sia con riferimento agli elementi materiali, fisici dell'azienda (es. capannoni, merci, impianti ecc.), sia con riferimento ai rapporti pendenti che accedono all'azienda (es. contratti pendenti, crediti e, financo, debiti).

Si versa nell'ipotesi descritta dall'art. 2032 c.c. – la cd. gestione “impropria”<sup>33</sup> – che si realizza quando la gestione è priva dei requisiti richiesti dalla legge per quella “propria”<sup>34</sup>. Una chiara indicazione in questo senso si ricava dalla Relazione del

---

<sup>31</sup> Chiaramente sul punto Cass. sez. un., 04.07.2012, n. 11135, per cui “l'elemento caratterizzante la gestione di affari è il compimento di atti giuridici spontaneamente ed utilmente nell'interesse altrui, in assenza di un obbligo legale o convenzionale di cooperazione”. Cfr. altresì Cass. 25.05.2007, n. 12280; Cass. 29.03.2001, n. 4623. Invero, si potrebbe dubitare che sussistano i requisiti di cui all'art. 2028 c.c. laddove il cessionario sia a conoscenza del motivo di nullità del contratto di cessione e, nonostante questo, assuma scientemente la gestione dell'azienda. Si tratta di un'ipotesi remota, che tuttavia non desta problemi applicativi nella misura in cui, come si vedrà, anche la gestione impropria può condurre alla previsione di un indennizzo al gestore. Al più, in questo caso, si potranno profili attinenti alla responsabilità del cessionario.

<sup>32</sup> Sembra irrilevante, in realtà, il motivo per cui egli compia questa scelta: l'imprenditore potrebbe formulare tale domanda poiché vuole tornare a produrre i beni a cui l'azienda era preposta; oppure nell'ottica di una successiva alienazione ad un altro soggetto.

<sup>33</sup> L'espressione è di L. ARU, *Della gestione di affari*, in L. ARU, E. MOSCATI, P. D'ONOFRIO, *Commento sub artt. 2028-2042*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 55, poi ripresa da P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)* cit., p. 248, che parla di gestione “imperfetta” e da I. GARACI, *La gestione d'affari altrui*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da P. SCHLESINGER e F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, spec. p. 195 ss. Sul tema della gestione di affari altrui, in generale, si vedano, in particolare, i lavori di: P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit.; D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, Napoli, 2004.

<sup>34</sup> Ancora P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 361.

Ministro Guardasigilli n. 788 al Codice Civile, in cui viene chiarito che “in base all’art. 2032 c.c. ogni caso che sfugge dall’ambito della gestione può rientrarvi per effetto della ratifica del *dominus*”; dunque da una diretta volontà sua, e non da quella della legge, come avviene per la gestione “propria”<sup>35</sup>.

In dottrina si concorda sul fatto che la ratifica rappresenti una sorta di sanatoria per gli atti compiuti dal gestore, imponendo comunque il prodursi di quelli effetti che sono disciplinati agli artt. 2030 e 2031 c.c.<sup>36</sup> Tra questi, l’obbligo per il gestore di condurre a termine l’affare, e quello, in capo al *dominus*, di indennizzare il gestore per ciò che egli ha compiuto in relazione alla conduzione dell’affare (artt. 1720 e 2031 c.c.)<sup>37</sup>.

Occorre sin d’ora una precisazione.

L’art. 2032 c.c. nell’affermare che la ratifica dell’interessato produce gli effetti che sarebbero derivati da un mandato relativamente all’operato del gestore, sembra delimitare l’ambito di applicazione della norma, ritenendo che la “ratifica” possa intervenire solo con riferimento agli atti giuridici compiuti *medio tempore* dal cessionario<sup>38</sup>. Le considerazioni sui rapporti giuridici aziendali, come detto, saranno svolte nella seconda sezione del presente capitolo. Ciò che preme qui rilevare, tuttavia, è che la norma può essere utile per fondare un principio più generale, che consenta di ratificare tutti gli atti – dunque anche quelli materiali – compiuti dallo stesso gestore *pro tempore* nell’esercizio della sua attività imprenditoriale.

D’altronde, l’art. 2032 c.c., richiamando la nozione di “affare”, presuppone un ambito di applicazione più ampio e generico, che deve essere desunto dalla fattispecie in cui il gestore concretamente agisce<sup>39</sup> (nel caso di specie: la conduzione di

---

<sup>35</sup> L. ARU, *Della gestione di affari*, cit., p. 56.

<sup>36</sup> I GARACI, *La gestione d’affari altrui*, cit., p. 199.

<sup>37</sup> D’altronde, come sottolinea P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., p. 248, la previsione di una ratifica si spiega proprio in funzione di una gestione diversa da quella già prevista dall’art. 2028 c.c., poiché in questa ipotesi “in base ai principi generali il gestore è [...] già di per sé soggetto le stesse obbligazioni che deriverebbero da un mandato”. Analoghe considerazioni sono svolte da P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 381, per cui l’art. 2032 c.c. rende applicabile alla gestione di affari altrui impropria le stesse norme che risultano dagli artt. 2030 e 2031 c.c.

<sup>38</sup> Tale richiamo viene tuttavia considerato parzialmente improprio da P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 380 s., per il quale la disciplina del mandato sarebbe “incompatibile con le norme che concernono non solo la struttura bilaterale del contratto, ma anche la sua funzione cooperativa”.

<sup>39</sup> Sul punto si tornerà anche *infra*, § 8 ss. Si consideri che nella tradizione romanistica le *actiones negotiorum gestorum* erano sicuramente applicabili anche al compimento di atti reali; secondo P.

un'azienda, per la quale possono concorrere – e normalmente concorrono – atti materiali e atti giuridici compiuti dal gestore).

In dottrina si rileva peraltro che la natura giuridica dell'attività compiuta dal soggetto agente non assume alcuna rilevanza autonoma nella disciplina della gestione di affari altrui, giacché “il suo compimento, diversamente da quanto si verifica a seguito della stipulazione del contratto di mandato, non costituisce l'oggetto di un'obbligazione preventiva del soggetto agente, ma un mero presupposto di fatto: è quindi indifferente che si tratti di un atto giuridico ovvero meramente materiale”<sup>40</sup>.

Si può dunque affermare, concludendo, che la domanda di restituzione dell'azienda costituisca l'accettazione – da parte del cedente – di ricevere l'azienda nella sua complessità e nella sua dinamicità, con tutti gli interventi (materiali o giuridici, positivi o negativi) effettuati *medio tempore* dal cessionario.

Il richiamo alle norme sulla disciplina della gestione altrui conduce ad un'ulteriore considerazione: se, come detto, la ratifica *ex art.* 2032 c.c. (corrispondente alla domanda giudiziale di restituzione) produce, a certe condizioni, gli effetti che discendono dalla applicazione dell'istituto, si potrà imporre al cessionario/gestore l'onere di continuare a gestire il compendio produttivo fino a quando il cedente non sarà posto nelle condizioni di riprendere il bene<sup>41</sup>. Ciò produce l'apprezzabile risultato di evitare cesure nella produzione aziendale, che determinerebbero il rischio di una successiva paralisi del sistema economico ad esso afferente. A maggior ragione se – come è facile immaginare – tra la domanda di restituzione del bene e la successiva riconsegna passi molto tempo.

Ciò, si badi, non esclude comunque la possibilità per le parti di esperire tutele anticipatorie volte all'immediato ottenimento di un provvedimento di restituzione del complesso produttivo<sup>42</sup>.

---

SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 247 “ciò non determinava alcuna incongruenza rispetto alla qualificazione giustiniana della *negotiorum gestio*, come quasi-contratto corrispondente al mandato, poiché quest'ultimo prescindeva affatto dalla natura (giuridica o meramente materiale) degli atti che ne costituivano l'oggetto”.

<sup>40</sup> Ancora sul punto P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 249, ed ivi altri riferimenti.

<sup>41</sup> *Contra*, tuttavia C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 153.

<sup>42</sup> Cfr. Trib. Roma, 28.10.2020, che ha riconosciuto la possibilità per un affittante di agire ai sensi dell'art. 700 c.p.c. per ottenere l'immediato rilascio dell'azienda e conseguire così la ripresa rapida della piena funzionalità ed operatività del complesso aziendale. Peraltro, il Tribunale ha altresì affermato che tale funzione non potrebbe essere assolta dal sequestro di cui all'art. 670 c.p.c., la cui funzione è prevalentemente conservativa, mirando ad evitare che il bene subisca deterioramenti o

#### 4. La composizione dell'azienda da restituire. Il problema dell'allocazione del rischio.

Verificato che la restituzione dell'azienda non riguarderebbe il complesso di beni originariamente circolato, ma piuttosto la loro attuale composizione al tempo della domanda<sup>43</sup> e che, attraverso tale domanda, il cedente è come se “ratificasse” l'operato svolto *medio tempore* dal cessionario accettando le variazioni patrimoniali intercorse sull'azienda stessa, occorre soffermarsi su un problema che discende direttamente da tali premesse: cioè l'identificazione del soggetto che subisce il rischio derivante dal maggiore o minore valore dell'azienda che retrocede; o, più in generale, il rischio derivante dalle circostanze – anche, eventualmente, dovute al caso fortuito – che comportano una variazione delle consistenze patrimoniali dell'azienda nel momento in cui essa deve ritornare all'originario proprietario<sup>44</sup>.

Gli eventi sopravvenuti o le circostanze che rendono impossibile la cancellazione degli effetti prodottisi sul piano fattuale lasciano sul terreno nuove poste economiche attive o passive, che gravano sulle parti.

Può prendersi allora consapevolezza che l'allocazione del rischio dell'impossibilità di *restitutio in integrum* (dell'azienda) altro non è che una specificazione del più ampio *genus* del rischio contrattuale e, più precisamente, un esempio in cui si manifestano i cd. “rischi occulti”<sup>45</sup>, in cui l'interprete (o il giudice) è chiamato a decidere su quale parte debba gravare il rischio delle circostanze che alterano il contenuto economico dell'affare dedotto nel contratto.

Occorre quindi verificare quali possano essere, in astratto, le soluzioni possibili.

I casi in cui il Codice civile tratta la tematica del rischio non sono diffusi, e ancor meno frequenti sono i casi in cui la parola “rischio” viene espressamente utilizzata<sup>46</sup>.

---

sottrazioni durante il periodo che serve all'accertamento del diritto del ricorrente in via ordinaria. Conformemente anche Trib. Roma, 22.07.2020. Con riferimento all'opposto interesse del cessionario di liberarsi dal compendio produttivo e dalla sua gestione, si veda *infra*, Cap. IV, § 2.

<sup>43</sup> P. GRECO, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 170. Cfr. *supra*, Cap. II, § 2.

<sup>44</sup> Come nota R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach*, cit., p. 329, la domanda di fondo è: “*how is the risk of destruction or deterioration to be allocated? And which device is to be used in order to effect whatever risk allocation is regarded as equitable or appropriate?*”.

<sup>45</sup> Secondo la nota distinzione operata da G. ALPA, voce *Rischio* (*dir. vig.*), in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 1144 ss., p. 1148 ss. L'A., constatato il fatto che l'espressione “rischio contrattuale” è ellittica, opera una distinzione tra: (i) modi estrinseci in cui opera il rischio (es. clausole di esonero della responsabilità); (ii) modi intrinseci, che dipendono dall'applicazione della teoria sulla presupposizione o dall'interpretazione del contratto; (iii) modi occulti, che sono velati dal ricorso a strumenti tradizionali.

<sup>46</sup> A mero titolo esemplificativo, si può certamente citare l'art. 1221 c.c. dettato in tema di perimento della prestazione quando il debitore è costituito in mora; nella parte generale del contratto il

Tradizionalmente la dottrina è divisa da una scelta di campo tra coloro che riferiscono il concetto di rischio all'obbligazione o coloro che lo legano al contratto<sup>47</sup>, ma dalla legislazione vigente non si è in grado di ricavare un principio generale in termini di rischio che sia applicato a tutti i contratti, poiché ciascun tipo contrattuale adotta specifici criteri di ripartizione, riconducibili a scelte di analisi economica e ragioni di giustizia diverse.

Come regola generale che vale per i contratti traslativi, che si ricava dall'unione dell'art. 1376 e 1465 c.c., l'ordinamento italiano adotta il criterio per cui il rischio contrattuale si trasferisce in capo all'acquirente sin dal momento in cui è concluso il contratto, ancorché il bene non sia stato consegnato; ciò in opposizione ad altri ordinamenti – quale quello tedesco – in cui è solo nel momento della *traditio* che il rischio viene assunto dal compratore<sup>48</sup>.

La regola *res perit domino* sconta tuttavia una serie di eccezioni, che arrivano a minarne la portata applicativa: facendo solamente qualche esempio, tale regola non si applica nelle ipotesi di vendita obbligatoria (o: ad effetti reali differiti)<sup>49</sup>; incontra limiti derivanti dall'applicazione dell'art. 1221 c.c., per cui se l'alienante non adempie all'obbligazione di consegnare la cosa e viene costituito in mora subisce lui stesso il rischio del perimento fortuito del bene<sup>50</sup>; nella vendita con riserva della proprietà, l'art. 1523 c.c. prevede che il compratore acquista la proprietà del bene solo con il pagamento dell'ultima rata, ma assume su di sé i rischi sin dal momento della

---

concetto – seppur non *apertis verbis* – gli artt. 1376 c.c. ss. e l'art. 1465 c.c. disciplinano l'allocatione del rischio nel trasferimento. Di rischio si parla invece espressamente, per esempio, in tema di vendita a rate con riserva della proprietà (art. 1523 c.c.) e in tema di vendita su documenti in viaggio (art. 1529 c.c.).

<sup>47</sup> Lo afferma G. ALPA, voce *Rischio*, cit., p. 1144, che riconduce il riferimento al rischio dell'obbligazione a G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, mentre il riferimento al rischio del contratto a V. POLACCO, *Obbligazioni*, Milano, 1898. La questione è trattata anche da F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, p. 43.

<sup>48</sup> Si veda F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 127 s., per cui i due i due criteri rispondono a due visioni concettualmente opposte: l'uno naturalistico, fattuale (quello della consegna), mentre l'altro giuridico (quello della conclusione del contratto), poiché può essere contaminato da elementi normativi laddove siano necessarie regole di dettaglio in ordine al momento conclusivo del contratto.

<sup>49</sup> Vale a dire le ipotesi di vendita di cosa futura, di cosa altrui, di cose generiche o alternative. Sul punto ancora F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 131; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 455 ss.

<sup>50</sup> Fatta salva la "*probatio diabolica*" che consente al debitore alienante di provare che l'oggetto della prestazione sarebbe comunque perito presso il creditore.



consegna<sup>51</sup>; nell'appalto (contratto che può avere effetti traslativi, specie se “di edificazione”), se l'opera perisce o viene deteriorata per causa non imputabile alle parti anteriormente all'accettazione della stessa da parte del committente, l'art. 1673 c.c. dispone che sia l'appaltatore a subire il rischio, qualora questi abbia fornito la materia. La regola, se posta in confronto con il principio di accessione, per cui l'opera realizzata sul fondo del committente-proprietario, man mano che si realizza, è già di proprietà di quest'ultimo, sembra sconfessare il canone *res perit domino*, in quanto lascia sull'appaltatore il rischio; e il *discrimen* viene rappresentato dall'accettazione, che può essere anche un momento diverso rispetto alla consegna del bene costruito<sup>52</sup>.

A ridurre la portata applicativa del principio, la giurisprudenza non dubita che l'effetto traslativo realizzato dall'art. 1376 c.c. possa essere derogato dalle parti<sup>53</sup>, e la dottrina concorda sull'idea che il principio consensualistico non sia di ordine pubblico e che l'autonomia privata possa indirizzare verso soluzioni diverse<sup>54</sup>.

Ulteriori esempi si riscontrano anche in ambito internazionale: la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci del 1980 contiene una serie di eccezioni al principio per cui l'acquirente subisce il rischio del perimento dalla conclusione del contratto (artt. 66 ss.), prevedendo regole che spostano più avanti nel tempo tale momento (es. al momento della consegna delle merci dal venditore al trasportatore o al momento dell'avvenuto trasporto – art. 67; al ritiro delle merci da parte dell'acquirente – art. 69).

In ogni caso, se queste brevi considerazioni possono al più valere per il tema dell'allocazione del rischio nella circolazione di progresso dell'azienda, occorre

---

<sup>51</sup> E come nota F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 141 “si tratta di un modello antitetico rispetto al *res perit domino*”.

<sup>52</sup> F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 144. Sul punto, anche D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1992, p. 488 ss.

<sup>53</sup> È nota la risalente pronuncia della Suprema Corte Cass. 04.03.1969, n. 692, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, c. 2162 ss.; cfr. anche Cass. 29.07.1978, n. 3807.

<sup>54</sup> La tesi era già sostenuta anteriormente al Codice del 1942 da E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale, Parte prima*, Padova, 1933, p. 88, per cui la scelta del passaggio di proprietà con la conclusione del negozio costituirebbe il modo più rapido per dare una veste giuridica all'intento delle parti. Dopo la codificazione, tra i molti, si veda F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 379; R. SACCO, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro it.*, 1966, c. 1394 ss.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 86. Dubbiosa, invece, la dottrina commercialistica che si è occupata della possibilità di deroga al principio consensualistico in tema di conferimento di beni in società: su tutti, G.B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 938 ss.

domandarsi quali modelli possano essere utilizzati per la circolazione che si è chiamata “di regresso”, o “di ritorno”.

#### 4.1. *Res perit domino come criterio di allocazione del rischio. Critica.*

Una prima soluzione al problema potrebbe essere proprio quella di richiamare il canone *res perit domino*.

Coordinando questo principio con il tema dell’invalidità originaria del contratto o con la retroattività ascrivibile all’annullamento o alla risoluzione, si potrebbe giungere all’esito di porre in capo al cedente – che è sempre rimasto il proprietario dell’azienda (o lo è tornato ad essere in virtù del fenomeno retroattivo ascrivibile all’annullamento o alla risoluzione) – ogni evento successivo all’alienazione, sia esso positivo o negativo<sup>55</sup>. Più nel dettaglio, quest’interpretazione impedirebbe di considerare – *medio tempore* – il cessionario come proprietario dell’azienda, con la conseguenza di addossare all’unico titolare del bene ogni evento successivo alla stessa conclusione del contratto; così, si dovrebbe sempre affermare che è il soggetto alienante a subire il rischio degli eventi successivi alla conclusione del contratto: ciò tanto nell’ipotesi di invalidità – per il quale il cedente non si sarebbe mai spogliato del proprio originario diritto di proprietà – quanto in quella di annullamento o di risoluzione, in cui l’effetto reale inverso si determinerebbe *ex tunc*.

Questa tesi, tuttavia, non persuade.

In via generale può notarsi che se la combinazione tra il principio consensualistico e la regola *res perit domino* risolve il problema dell’allocazione del rischio con riferimento alla circolazione volontaria – o “di progresso” per usare la terminologia qui adottata –, non sembra che l’unione dei due principi possa risolvere lo stesso tema nell’ambito di quella inversa<sup>56</sup>.

Nel precedente capitolo è stato dimostrato che il fenomeno della retroattività dei fattori demolitori del contratto abbia subito (e stia subendo tutt’ora) attenuazioni, sia di fronte al tema dell’invalidità, sia a quello della risoluzione; e ciò induce a valutare

---

<sup>55</sup> Cfr. P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., p. 155.

<sup>56</sup> In questi termini argomenta E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 306 s.

con minore rigore anche il tema della retroversione dell'effetto reale, quando il bene da restituire abbia subito, *medio tempore*, una modificazione.

Peraltro, un'indicazione contraria a far gravare sul *solvens* – quale soggetto che torna proprietario del bene a seguito del fenomeno retroattivo della caducazione del contratto – il rischio del perimento del bene proviene dall'art. 1465, comma 4, c.c.: nel disporre che l'acquirente è esonerato dal pagamento del prezzo se il trasferimento era sottoposto a condizione sospensiva e l'impossibilità è sopravvenuta prima del verificarsi dell'evento dedotto in condizione, la disposizione afferma che il rischio rimane sul soggetto titolare del bene *pendente condicione*, poiché, diversamente, il verificarsi della condizione avrebbe dovuto porre sull'acquirente, con decorrenza *ex tunc*, ogni rischio<sup>57</sup>.

Ciò che sembra dirimente è, in ogni caso, una considerazione di fondo.

Accollare in capo al cedente dell'azienda i rischi derivanti dal sopravvenuto perimento/deterioramento non sembra ragionevole, poiché conduce ad effetti distorsivi in merito alla proposizione dell'azione di caducazione contrattuale: e infatti lo stesso cedente sarebbe spinto ad agire per far dichiarare la nullità, l'annullamento o la risoluzione del contratto solo ove l'azienda, condotta *medio tempore* dal cessionario, abbia accresciuto il proprio valore (poiché egli sarebbe tenuto alla restituzione di una somma di denaro inferiore al valore reale dell'azienda migliorata); all'opposto spingerebbe il cessionario ad agire quando il valore dell'azienda sia diminuito – o addirittura azzerato – in conseguenza della propria condotta, potendo quest'ultimo ottenere comunque la restituzione del prezzo pagato<sup>58</sup>.

In altri termini, gli obblighi restitutori finirebbero per lasciare lo spazio a comportamenti opportunistici delle parti in funzione del (fluttuante) valore dell'azienda, eludendo quella neutra finalità a cui dovrebbero tendere e consentendo alle parti “il doppio abuso della tutela ‘primaria’ e ‘secondaria’”<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Analoghe considerazioni si rinvencono in E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 375 s. Sul punto, si veda anche F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 140, per cui il quarto comma dell'art. 1465 c.c. introduce una forte deroga alla retroattività della condizione, contribuendo a fornire una visione disarmonica dell'art. 1465 c.c.

<sup>58</sup> In merito alla quantificazione dell'obbligazione restitutoria gravante sul compratore, si veda *infra*, § 7 ss.

<sup>59</sup> Così E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 309, per la quale invece la soluzione opposta non comporta lo stesso problema; in altri termini, addossare il rischio sull'*accipiens* non dà al *solvens* lo stesso potere di abuso poiché se questi agisce per far valere la nullità o la risoluzione del contratto sarà comunque tenuto a restituire il corrispettivo versato.

#### 4.2. Il rischio nella disciplina dell'indebito: ancora sull'art. 2037 c.c.

A ben vedere, l'applicazione della regola *res perit domino* in fase restitutoria è smentita anche dal disposto dell'art. 2037 c.c., norma con la quale devono inevitabilmente scontrarsi le teorie che riconducono le obbligazioni restitutorie nell'alveo della disciplina dell'indebito, di cui agli artt. 2033 c.c.

Da un punto di vista generale, la norma è giudicata priva di coerenza interna, poiché adotta due criteri diversi di concezione dell'arricchimento<sup>60</sup> dell'*accipiens*: reale per quello di mala fede che è tenuto a corrispondere il valore della cosa perita o deteriorata; patrimoniale per quello di buona fede, il quale risponde solo nei limiti del proprio arricchimento<sup>61</sup>.

Nel precedente capitolo abbiamo già dato atto che la norma conduce ad esiti non soddisfacenti per il caso qui in esame<sup>62</sup>.

Al di là delle incongruenze che l'identificazione dello stato di buona o mala fede porta con sé quando viene applicata alle impugnazioni negoziali<sup>63</sup>, può essere utile segnalare che ciò ha spinto la dottrina a proporre interpretazioni correttive della norma, al fine di tentare un parziale adattamento della stessa alla disciplina contrattuale.

Così, è stata suggerita una "riduzione teleologica" dell'art. 2037 c.c., affermando che la tutela dell'affidamento disposto per l'ipotesi dell'*accipiens* di buona fede dovrebbe sottendere un "modello del pagamento indebito che derivi da un'iniziativa unilaterale del *solvens*"<sup>64</sup>; e in questo senso la regola disposta dall'art. 2037 c.c.

---

<sup>60</sup> Per un approfondimento sulla concezione reale e patrimoniale dell'arricchimento, cfr. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 889 ss.; TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 113 ss.

<sup>61</sup> Sul punto, E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 479 ss., il quale aggiunge che anche quando prevale la concezione reale (es. restituzione in natura) "si ha pur sempre una commistione tra i due criteri, essendo dovuto al percipiente, anche di mala fede, il rimborso delle spese fatte ovvero una indennità per i miglioramenti dovuti alla cosa restituenda"; analogamente P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, p. 119 ss.

<sup>62</sup> Cfr. *supra*, Cap. II, § 7.1.

<sup>63</sup> Di cui è già stato dato atto *retro*, Cap. II, § 7. Sul punto si veda ancora P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 149, che afferma, parlando di pagamenti indebiti effettuati in esecuzione di un contratto di vendita invalido, che la norma "conduce ad risultati iniqui".

<sup>64</sup> E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 291 s., per cui anche il criterio di "arricchimento" di cui al comma 3 dell'art. 2037 c.c. farebbe pensare ad una differenza (positiva) tra la situazione patrimoniale precedente e successiva alla prestazione indebita e dunque all'inesistenza di una controprestazione da parte dell'*accipiens*. Questa lettura viene suffragata da una lettura restrittiva dell'art. 818, comma 3 del BGB che esclude dall'ambito di applicazione della norma le restituzioni derivanti dal contratto. Sul punto, cfr. anche L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 104, per cui l'art. 2037 c.c. può essere utilizzato come modello solo quando la prestazione da restituire è isolata,

troverebbe una propria coerenza all'interno di fattispecie che prevedono attribuzioni gratuite<sup>65</sup>, mentre non potrebbe trovare applicazione di fronte a contratti sinallagmatici (quale è, per l'appunto, quello di cessione d'azienda).

O ancora, nel cercare di trovare un possibile punto di contatto tra la disciplina delle restituzioni da caducazione contrattuale e quella dell'indebito, è stato suggerito di estendere il canone della conoscenza-non conoscenza dell'obbligo di restituzione previsto dall'art. 2038 c.c. anche all'art. 2037 c.c., equiparando lo stato di mala fede a quello della conoscenza e quello di buona fede alla non conoscenza del dovere restitutorio. In questo senso, quanto alla parte infedele, tale momento coinciderebbe con quello dell'inadempimento (o anche con un momento anteriore a partire dal quale l'adempimento diventi oggettivamente impossibile) o della conoscenza della causa di invalidità del contratto, mentre per la parte fedele lo stato di conoscenza si avrebbe con la proposizione della domanda di risoluzione o con eventi ad esso assimilabili (es. scadenza termine essenziale, esercizio della clausola risolutiva espressa ecc.); al contrario, prima di questi due momenti, entrambe le parti dovrebbero essere considerate in buona fede, e dunque rispondere del perimento o del deterioramento del bene solo nei limiti contemplati dall'art. 2037, comma 3, c.c., e cioè nei limiti del loro arricchimento<sup>66</sup>.

Al pari del principio *res perit domino*, anche l'applicazione dell'art. 2037 al tema della restituzione dell'azienda conduce ad esiti non coerenti con un'equa ripartizione del rischio contrattuale e imprenditoriale e, in termini più generali, può condurre l'*accipiens* a disinteressarsi dall'"osservare la minima cura nell'uso del bene"<sup>67</sup>: una

---

e dunque non quando inserito all'interno di un programma negoziale, poiché i termini "buona fede", "mala fede", "valore" e "arricchimento" non hanno significato nel contesto contrattuale.

<sup>65</sup> L'esempio può essere quello delle donazioni nulle, in cui corrisponde a razionalità la regola per cui il donatario non è tenuto a restituire l'equivalente, ma solo eventualmente quanto corrisponde ad un suo effettivo arricchimento; se così non fosse, si assisterebbe al paradosso che una prestazione a titolo gratuito rischierebbe di trasformarsi in un impoverimento per l'*accipiens*, che sarebbe tenuto a versare l'equivalente della prestazione perita e quindi a subire "una diminuzione patrimoniale secca": cfr. ancora E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 292.

<sup>66</sup> Sul punto, C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 811 ss., che precisa che tale tesi si differenzia da quella che vede l'equiparazione contraente fedele-buona fede, contraente inadempiente-mala fede, in quando entrambe le parti saranno considerate in buona fede "fino al momento in cui non abbiano consapevolezza dell'obbligo di restituire".

<sup>67</sup> Come nota E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 373, secondo la quale ciò potrebbe verificarsi anche quando fosse già maturato il presupposto per il diritto alla risoluzione. A questa tesi, tuttavia, potrebbe opporsi l'adattamento proposto da Carlo Castronovo per cui comunque l'*accipiens* risponderebbe per ogni deterioramento successivo alla conoscenza dell'obbligo restitutorio.

situazione che – benchè legittima, poiché il proprietario di un bene può disporne a proprio piacimento, fino a distruggerlo o ad abbandonarlo – dovrebbe comunque essere scoraggiata.

#### 4.3. *Res perit accipienti (o: emptori).*

Astrattamente, un terzo modello di ripartizione del rischio contrattuale potrebbe porre sull'*accipiens*/cessionario i rischi derivanti dal perimento o dal deterioramento dell'azienda.

Nel contratto di compravendita, tale regola è espressamente codificata nell'art. 1492, comma 3, c.c., che impedisce al compratore di agire in risoluzione quando la cosa compravenduta è perita per caso fortuito o per colpa dello stesso acquirente<sup>68</sup>.

Vi è chi intravede nella norma un principio generale, per cui ogni evento sopravvenuto dovrebbe ricadere sullo stesso soggetto “su cui graverebbe anche se non fosse sopravvenuta la causa di risoluzione”, indipendentemente dal fatto che egli sia il soggetto fedele o quello inadempiente<sup>69</sup>. Ciononostante, la regola è espressamente disposta per la sola risoluzione, sicché non pare automatica la sua applicazione all'ipotesi della nullità.

Il dato che pone sull'*accipiens* il rischio del perimento o del deterioramento del bene è confortato da indici di carattere comparatistico. Si è già fatto riferimento al fatto che uno degli scopi primari della *Saldotheorie* in senso sostanziale fosse quello di far gravare sull'*accipiens* le sopravvenienze negative che impediscono la *restitutio in integrum*. L'ordinamento francese – che, si ricorda, è anch'esso informato al principio consensualistico – ha seguito la stessa linea a partire dall'*Avant-project* del 2005, in cui all'art. 1163-3 era espressamente esplicitato che il sopravvenuto perimento o

---

<sup>68</sup> L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 105 conferma si tratta di una “regola sul rischio”, benchè l'A. faccia poi riferimento al fatto che tale regola confermi il principio *res perit domino*.

<sup>69</sup> E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 78, che specifica che tale soluzione varrebbe nel caso di evento distruttivo derivante sia da caso fortuito, sia da colpa ascrivibile all'*accipiens*. Sul punto anche L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 143, per cui gli artt. 1492 e 1493 c.c. sarebbero estendibili così da “regolare gli effetti restitutori conseguenti alla risoluzione non solo di un contratto di vendita ma, più in generale, di tutti i contratti traslativi onerosi in cui intervenga il trasferimento e la consegna di una prestazione di dare”. Circa l'estensione delle garanzie per evizione e per vizi anche ad altri contratti oltre alla vendita, si veda anche G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 54.

deterioramento del bene – fortuito o colposo – avrebbe condotto alla restituzione dell'equivalente in denaro, fatta salva la volontà del *solvens* di ricevere la restituzione in natura e un'indennità “di complemento”<sup>70</sup>. Il successivo Progetto Terrè del 2008 ha mantenuto la stessa impostazione, sancendo la più sintetica disposizione per cui “*celui qui restitue la chose répond des dégradations et détériorations*” (art. 108). La norma è poi rimasta anche nella riforma del Codice civile del 2016, benchè siano state previste modulazioni in base allo *status* di buona fede dell'*accipiens*<sup>71</sup>.

In Germania vige una regola simile, e si addossa all'*accipiens* il rischio del deterioramento o della distruzione del bene avvenuto presso di lui (§ 346, comma 2, BGB)<sup>72</sup>.

Anche l'applicazione pratica del principio *res perit accipienti* al tema della restituzione dell'azienda, benchè a prima vista meno problematica rispetto all'opposta soluzione *res perit domino* poc'anzi citata, può condurre ad esiti non del tutto soddisfacenti.

Si può immaginare l'ipotesi in cui il valore dell'azienda sia diminuito per caso fortuito o per colpa del cessionario, e tuttavia egli voglia agire per far dichiarare la

---

<sup>70</sup> Si riporta il testo del Progetto Catala:

Art. 1163-3 «*La restitution d'un corps certain se fait en nature lorsque la chose existe encore entre les mains de celui qui l'a reçue.*

*Elle se fait en valeur lorsque la chose n'est plus individualisable en raison de sa destruction volontaire ou fortuite, sa transformation ou son incorporation.*

*Lorsque la chose n'a été qu'en partie détruite, transformée ou incorporée, celui à qui la restitution est due peut préférer, ou la restitution intégrale en valeur, ou une restitution partielle et son complément en valeur».*

<sup>71</sup> Poiché «*celui qui restitue la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur, à moins qu'il ne soit de bonne foi et que celles-ci ne soient pas dues à sa faute*».

<sup>72</sup> Bisogna tuttavia notare che la riforma dello *Schuldrecht* del 2002 ha previsto tre importanti deroghe al principio per cui il compratore subisce il rischio del perimento e/o del deterioramento del bene che rimane nella sua sfera.

Il § 346 del BGB, dettato in materia di *Rücktritt*, dispone infatti che il dovere di restituire il valore della *res* al *solvens* non si applica quando: (i) il venditore è responsabile del deterioramento o del perimento del bene; (ii) se tali eventi negativi si sarebbero comunque verificati anche se la cosa fosse rimasta presso il creditore; (iii) se, nell'ipotesi in cui la risoluzione derivi da clausola risolutiva espressa, il deterioramento o il perimento sono avvenuti nonostante l'acquirente abbia mostrato la diligenza che abitualmente esercita per i propri affari. Ora, se il caso (i) è facilmente spiegabile in termine di razionalità giuridica, e può trovare solide conferme nell'ordinamento italiano (artt. 1492 e 1494 c.c.), gli altri due appaiono più difficilmente spiegabili. Nell'ipotesi (ii) sembra che la *ratio* che ha mosso il legislatore tedesco sia quella che in questo caso il fatto che il bene sia mantenuto presso la sfera di influenza del compratore sia del tutto influente: il bene si deteriora o perisce per motivi oggettivi, intrinseci, che nulla hanno a che vedere con l'esercizio del potere di controllo esercitato dall'acquirente; insomma, si spezzerebbe quel legame – giudicato fondamentale ai fini della distribuzione delle poste economiche negative – tra controllo e rischio. Il caso (iii) appare invece il più singolare, poiché introduce sul piano restitutorio problemi che tipicamente in Italia sono riconducibili al tema dell'imputabilità dell'inadempimento.

risoluzione del contratto per inadempimento imputabile al cedente: è evidente che se il rischio del perimento/deterioramento dell'azienda ricadesse tutto sul cessionario, vi sarebbe la concreta possibilità che ciò si trasformi in un disincentivo alla rimozione del contratto, almeno nelle ipotesi in cui lo stesso cessionario non sia in grado di recuperare la differenza di valore attraverso il risarcimento del danno.

Lo stesso problema si può porre ovviamente nell'ipotesi di nullità, sempre allorquando l'interesse a far dichiarare l'invalidità sia in capo al cessionario.

*5. Alla ricerca di un principio generale: rischio imprenditoriale e sfera di controllo. Il richiamo alla teoria del saldo.*

L'analisi appena condotta dimostra come astrattamente potrebbero applicarsi diversi criteri di allocazione del rischio nella fase di restituzione dell'azienda.

Nel cercare di tratteggiare una linea comune che possa considerarsi valida sia per le ipotesi di perimento/deterioramento dell'azienda, sia per le ipotesi di incremento di valore della stessa, può abbozzarsi una prima indicazione di massima, alla cui verifica saranno dedicati i successivi paragrafi.

Si è già detto che il trasferimento dell'azienda corrisponde ad un fatto d'impresa, per cui al cessionario non viene alienato solo un aggregato di beni inerte, ma anche l'attitudine e la potenzialità economico-produttiva collegata a questo complesso di beni<sup>73</sup>: insomma, un complesso di beni destinato a generare ricchezza.

La regola che potrebbe rappresentare il punto di partenza è allora la seguente: e cioè che colui che ha in gestione l'azienda subisce il rischio derivante dalla sua attività imprenditoriale, dall'utilizzo e dallo sfruttamento della stessa azienda ricevuta, in una sorta di dilatazione del principio *cuius commoda eius et incommoda*<sup>74</sup>. D'altronde, rischio e controllo si sovrappongono, afferendo alla stessa sfera di influenza del soggetto; e sembra logico dedurre che sia il cessionario a subire il rischio del

---

<sup>73</sup> Non è necessario, in questa sede, ripercorrere le argomentazioni già svolte; si veda *supra*, Cap. I, § 4.

<sup>74</sup> In termini simili, seppur con riferimento agli artt. 935, 939, comma 2, e 940 c.c. P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 132.



perimento/deterioramento dell'azienda<sup>75</sup> e, parimenti, a far propri i miglioramenti e/o incrementi di valore della stessa. Peraltro, costituisce una regola condivisa il fatto che i sistemi capitalistici “si basano sull'idea che l'iniziativa economica, col relativo rischio, e l'appropriazione del profitto si reggano e si giustifichino – per così dire – vicendevolmente”<sup>76</sup>. La gestione dell'azienda è il classico esempio in cui si manifesta l'iniziativa economica dell'imprenditore.

Con un efficace parallelismo – che tuttavia non deve essere inteso come un modo per sovrapporre il piano restitutorio con quello risarcitorio –, è stato affermato che nel momento in cui un bene fuoriesce dal patrimonio del venditore per entrare in quello del compratore, e in ipotesi in cui lo stesso bene procuri un danno a un terzo (es. *ex art. 2051 c.c.*: si stacca una tegola del tetto dell'immobile compravenduto e colpisce un passante), nessuno sarebbe disposto ad accollare l'obbligo risarcitorio sul venditore anche qualora il contratto fosse successivamente caducato “in base alla considerazione che in seguito allo scioglimento retroattivo del contratto è come se il venditore ne fosse stato sempre proprietario”<sup>77</sup>. Così, se il compratore subisce il rischio derivante dalla responsabilità che scaturisce dal bene che ha in custodia o in gestione, a maggior ragione dovrebbe assumere il rischio derivante dal perimento colposo o fortuito dello stesso<sup>78</sup>. Ma il ragionamento si può rovesciare, facendo ricadere sul compratore anche il rischio (positivo) dell'aumento di valore della cosa acquistata. E ciò, verrebbe da dire *a fortiori*, quando tale incremento sia il frutto di una sua diligente gestione e di sue scelte imprenditoriali.

---

<sup>75</sup> Cfr. R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach*, cit., p. 329, per cui “*it is easy to see the reason underlying the general rule: the object of the sale is in the purchaser's sphere: he is in charge of it, and he can control, guard and protect it from any interference*”.

<sup>76</sup> Così D. CARUSI, *Il concorso dei rimedi restitutori con quello risarcitorio (e il problema dell'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 67 ss., p. 80.

<sup>77</sup> Il paragone si deve a P. GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, cit., p. 400 s.

<sup>78</sup> A questo punto, potrebbe affermarsi che la regola adottata in Germania (§ 346, comma 2, n. 2) BGB) per cui il venditore subisce comunque il rischio di quelle conseguenze negative che avrebbe patito se la cosa fosse rimasta presso di lui non tradisca questo principio, in quanto si spezza quel legame – giudicato fondamentale ai fini della distribuzione delle poste economiche negative – tra controllo e rischio. E tuttavia, già poco dopo l'entrata in vigore della riforma, è stato fatto notare come questa regola sia stata una *petitio principii* del legislatore tedesco priva di apparente motivazione logica, poiché non si capisce per quale motivo debba essere il venditore (e non il compratore) a subire questo rischio quando un contratto non solo è stato concluso, ma magari anche eseguito dalle parti: questa è l'argomentazione di R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach*, cit., p. 338, che nota come la riforma abbia anche trascurato il problema della distruzione o del deterioramento dell'oggetto per un vizio intrinseco all'oggetto di cui il venditore non ha colpa; con il rischio che il ricorso all'analogia rispetto alla regola prevista dal § 346, comma III, n. 1 BGB finisca per far gravare la perdita sull'acquirente

Si intravede una somiglianza con le norme dettate in materia di affitto di fondi rustici – alla base delle quali vi è la volontà del legislatore di regolare l’accollo dei rischi all’interno di un bene produttivo –, nelle quali gli artt. 1643 e 1644 c.c. sembrano confermare l’impostazione qui assunta, poiché viene posto a carico dell’affittuario, dal momento della consegna, il rischio del perimento del bestiame (art. 1643), ma anche ogni incremento, frutto o provento che da esso deriva (1644 c.c.).

La soluzione proposta sembra applicabile ai rimedi contrattuali che si è scelto di analizzare nel presente elaborato.

Quanto alla nullità, si è detto che l’effetto a cui tende la legge, vale a dire quello di cancellare ogni traccia del negozio, appare irrealizzabile in un sistema dinamico quale è quello di una realtà aziendale<sup>79</sup>: se si dovesse eliminare sul piano giuridico ogni modificazione *medio tempore* intervenuta per mano del cessionario – sia stata essa positiva o negativa per il compendio produttivo –, si rischierebbe di paralizzare l’intero sistema economico che ruota attorno all’azienda, incidendo a cascata sulle relazioni createsi nel tempo attorno alla stessa; così, la tesi in oggetto fornisce una parziale attenuazione rispetto alla necessità di ripristino dello *status quo ante* imposto dalla pronuncia di nullità, nell’ottica di salvaguardare, a certe condizioni, l’esigenza di certezza e di sicurezza dei traffici giuridici che ineriscono all’azienda<sup>80</sup>. D’altronde, si è verificato che deroghe alla regola generale del ripristino dello stato anteriore alla conclusione del contratto per effetto delle restituzioni non sono sconosciute nel nostro ordinamento, nel quale sono presenti principi che talora vietano il meccanismo restitutorio, e talaltra lo alleggeriscono per proteggere interessi giudicati preminenti<sup>81</sup>.

Quanto all’annullamento e alla risoluzione possono valere le medesime considerazioni; e benché la legge assegni a tali rimedi il carattere retroattivo, basterebbe riprendere quanto già affermato circa la tendenza ad attenuare tale carattere per comprendere come anche in questi casi la pretesa rimozione *ex tunc* degli effetti del negozio rischierebbe di comportare più problemi che benefici, dovendosi scontrare con la realtà fattuale per cui il contratto – per un certo lasso di tempo – ha avuto

---

<sup>79</sup> Ne dà testimonianza, sul piano generale, V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, cit., p. 63.

<sup>80</sup> La rilevanza del contratto nullo per quanto attiene alla circolazione giuridica si riscontra in M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 99; G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell’acquisto*, cit., p. 68 ss.; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 279 ss.

<sup>81</sup> Cfr. *supra*, Cap. II, § 9 ss.

esecuzione, e lo stesso cessionario ha gestito, nella sua qualità di proprietario, l'azienda.

In poche parole, il ripristino dell'azienda originariamente circolata – oltre che rappresentare un fenomeno talvolta irrealizzabile dal punto di vista materiale – potrebbe essere totalmente diseconomico, richiedendo sforzi irragionevoli (es. si pensi alla rimozione del nuovo impianto energetico installato *medio tempore* dal cessionario nel capannone adibito alla produzione aziendale).

In questo complesso scenario, corroborano tale visione anche gli studi che hanno riguardato la teoria del saldo – di cui si è dato atto nel precedente capitolo – che contribuiscono, da un lato, ad evitare che le restituzioni conducano ad effetti distorsivi a vantaggio di una parte e a danno dell'altra e, dall'altro, ad assicurare quella tendenziale neutralità a cui dovrebbe ispirarsi il meccanismo restitutorio.

Come detto, questa teoria si inserisce in un discorso più ampio, condiviso nella letteratura francese e tedesca, per il quale le obbligazioni restitutorie derivanti dalla caducazione del contratto non devono essere considerate in modo isolato, ma in un rapporto sinallagmatico tra loro, capace di subire anche modificazioni rispetto alle originarie prestazioni adempiute laddove la *restitutio in integrum* non sia più materialmente possibile.

La declinazione di questo principio all'interno del problema qui trattato comporta che l'obbligazione restitutoria del cedente (la restituzione del prezzo pagato), potrà risentire del valore di quella del cessionario (la restituzione dell'azienda), così da subire rimodulazioni che garantiscano, entro certi limiti, un rapporto sinallagmatico inverso tra le prestazioni da restituire.

Come osservato, il pregio di questa teoria sta proprio nel fatto di attribuire rilievo agli eventi che si verificano *medio tempore* tra la conclusione del negozio e la successiva fase della restituzione delle prestazioni, evitando che la necessità di ripristinare lo *status quo ante* finisca per condurre a soluzioni discordanti rispetto a quanto accaduto sul piano fattuale<sup>82</sup> e che vadano a detrimento della certezza dei traffici commerciali e delle attività di impresa.

---

<sup>82</sup> Ancora E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 288.

Per quanto la teoria del saldo non abbia particolare seguito in Italia e manchino indicazioni normative generali per trasporla nel nostro ordinamento<sup>83</sup>, nel caso qui in esame la tesi volta ad accollare il rischio sull'acquirente e, conseguentemente, ad affermare la necessità di un "saldo" tra le contrapposte domande restitutorie non è il frutto di una mera ricostruzione teorica, ma si fonda su una precisa disposizione dettata in materia di azienda: come vedremo tra breve, l'art. 2561, comma 4, c.c.

*6. Il fondamento normativo: l'art. 2561, comma 4, c.c. quale clausola generale per le variazioni di valore dell'azienda.*

La questione del cambiamento di valore di una delle prestazioni contrattuali nel periodo che intercorre tra la sua conclusione e il momento restitutorio diviene centrale in materia di cessione d'azienda. E ciò, a maggior ragione, se le due restituzioni vengono poste in un rapporto sinallagmatico inverso tra di loro: mentre l'entità di una delle obbligazioni restitutorie rimarrà tendenzialmente immutato (cioè la restituzione del prezzo da parte del cedente), quello dell'azienda sarà mutato nel tempo<sup>84</sup>, e nel momento in cui viene dichiarata la caducazione del contratto è quasi impossibile che tra le due prestazioni da restituire vi sia quell'equilibrio originariamente previsto<sup>85</sup>.

Che sia il cessionario il soggetto che deve subire o giovare del rischio dell'aumento o della diminuzione del valore dell'azienda sembra un dato ricavabile proprio da una norma dettata in materia di azienda: vale a dire, l'art. 2561, comma 4, c.c., a mente del quale "la differenza tra le consistenze di inventario all'inizio e al termine dell'usufrutto è regolata in denaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'usufrutto".

La disposizione, a ben vedere, fornisce una fondamentale chiave di lettura in tema di trasferimento d'azienda, poiché, proprio in virtù della continua trasformazione

---

<sup>83</sup> R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 670.

<sup>84</sup> C. SCIUMÈ, *Restituzioni e cessione d'azienda*, cit., p. 297.

<sup>85</sup> Sembra così superata la principale obiezione mossa da E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebitto*, cit., p. 531, per cui la valutazione unitaria (e non isolata) delle obbligazioni restitutorie presuppone una concezione di tipo "patrimoniale" e non "reale", che può verificarsi solo quando sia divenuta impossibile, in tutto o in parte, la restituzione in natura: come detto, questo è il caso che riguarda sempre l'azienda, che per il dinamismo a cui è soggetto questo complesso di beni, non può mai essere restituito nella sua composizione originaria.

che coinvolge questo complesso di beni, obbliga le parti al termine dell'usufrutto – dunque, in un'ipotesi comunque ascrivibile alla circolazione “di ritorno” dell'azienda – ad un conguaglio in denaro in base alla differenza tra le consistenze di inventario, nel quale rientrano tanto i beni facenti parte dell'originario complesso produttivo laddove ancora esistenti all'atto della restituzione, quanto quelli successivamente immessi da parte dell'usufruttuario<sup>86</sup>.

Giova sin d'ora sottolineare che la nozione di “inventario” *ex art. 2561*, comma 4, c.c. deve essere accolta nella sua ampia accezione, capace di ricomprendere non solo quelle entità fisicamente tangibili (es. le scorte o le merci prodotte), ma anche ogni più ampio elemento costituente il patrimonio dell'azienda; dunque tutti quei fattori (beni o rapporti giuridici che siano) – “qualitativi e quantitativi” per usare le parole della Cassazione<sup>87</sup> – che possono averne determinato un mutamento di valore rispetto a quello originariamente assunto al momento della cessione<sup>88</sup>.

Se è pur vero che tale disposizione rappresenta un'obbligazione dell'usufruttuario che scaturisce dalla cessazione del contratto (la cui violazione darà dunque luogo ad una responsabilità per inadempimento dello stesso usufruttuario), non sembra che vi siano sostanziali ostacoli ad estendere la fattispecie anche all'ipotesi di retrocessione dell'azienda in conseguenza della caducazione del contratto con cui l'azienda era inizialmente circolata.

In altre parole, benché la norma sia dettata solo in attribuzione a titolo di godimento dell'azienda (e ripresa dal successivo articolo 2562 c.c. in tema di affitto), pare che essa possa rappresentare l'espressione di un principio più generale<sup>89</sup>, che vede

---

<sup>86</sup> F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 315, per cui la differenza di inventario non rappresenta “una mera eventualità, ma un evento fisiologico dell'usufrutto”.

<sup>87</sup> Cass. 09.05.2007, n. 10623; Cass. 13.04.1977, n. 1388.

<sup>88</sup> Lo precisa G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 268 s, per cui anche i rapporti giuridici (contratti, crediti e debiti) “fanno parte [...] delle ‘consistenze di inventario’ finale da confrontare con le consistenze di inventario iniziale per stabilire l'entità dell'eventuale differenza da regolare in denaro”. Sul punto anche O. CIPOLLA, *Cessione, affitto restituzione d'azienda: brevi note sulla sorte di debiti e contratti*, in *Giur. it.*, 2005, p. 82 ss., per cui l'inventario, strumento per la regolamentazione contabile dell'azienda, non comprenderebbe solo i beni di cui essa si sostanzia, ma anche i crediti inerenti alla stessa; e dunque, ciò dovrebbe valere – *a contrario* – anche per i debiti.

<sup>89</sup> È contraria all'interpretazione analogica dell'articolo, Cass. 09.08.2007, n. 17459, ove tuttavia, ad una lettura più approfondita, sembra confermare la tesi qui proposta, statuendo che “il valore precettivo essenziale della norma dell'art. 2561 c.c., comma 4, consiste nell'evitare che colui, che subentra ad altri nella titolarità dell'azienda, abbia a conseguire indebiti vantaggi collegati all'altrui attività, per cui la relativa disciplina suppone una situazione in cui all'attività dell'impresa del precedente titolare usufruttuario faccia seguito il trasferimento dell'azienda ad altro soggetto”.

proprio nell'intrinseca variabilità del patrimonio aziendale la necessità di operare correttivi economici, sotto forma di conguagli in denaro, laddove esso muti nuovamente la propria titolarità e ritorni all'originario proprietario<sup>90</sup>.

Si aggiunga che non sembra neppure insuperabile il dato per cui l'art. 2561, comma 4, c.c. avrebbe come limite operativo le poste economiche che rappresentano interventi conservativi sull'azienda stessa<sup>91</sup> (gli unici concessi all'usufruttuario/affittuario), giacché tale limite rappresenta solo la diretta conseguenza dei poteri/doveri concessi a colui che gestisce l'azienda a titolo di godimento; in altri termini, se l'art. 2561 c.c. obbliga al termine dell'usufrutto ad un conguaglio solo per gli interventi che si rendono necessari entro i confini del corrispondente dovere, la sua estensione all'ipotesi della cessione dovrebbe declinarsi all'interno di tutti quei poteri che, viceversa, sono ascrivibili ad un soggetto che si comporta da proprietario (e quindi, per esempio, anche per i poteri dispositivi).

La soluzione che si è qui proposta è peraltro condivisa dall'ordinamento francese, ove al momento della retrocessione dei *fonds de commerce* per il mancato pagamento del prezzo da parte dell'*acquéreur* la legge assegna ad una perizia il compito di stabilire il valore attuale delle aziende per valutare gli eventuali indennizzi dovuti dall'una o dall'altra parte, in dipendenza dell'aumento o della diminuzione di valore dei *fonds de commerce* stessi<sup>92</sup>.

Ciò precisato, nei successivi paragrafi si illustrerà come tale norma possa essere richiamata sia nelle ipotesi in cui il valore dell'azienda al momento della restituzione

---

<sup>90</sup> Conferma la necessità di operare delle partite di dare/avere fra proprietario e possessore, senza tuttavia prendere posizione sulla norma da cui scaturirebbero F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 431.

<sup>91</sup> Sul punto, diffusamente, M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 269 ss.

<sup>92</sup> È doveroso sottolineare, tuttavia, che il tema è controverso anche in Francia, ove l'art. L141-7 del *Code du commerce*, norma speciale che dispone le regole per la risoluzione della vendita dei *fonds de commerce* dispone che «*en cas de résolution judiciaire ou amiable de la vente, le vendeur est tenu de reprendre tous les éléments du fonds qui ont fait partie de la vente [...]*». Apparentemente, il Codice del commercio adotta una soluzione improntata ad una retroattività "forte", volta ad annullare ogni effetto *medio tempore* prodottosi, secondo le ordinarie regole disposte per la vendita: cfr. J.-P. LE GALL, C. RUELLAN, *Droit Commercial*, Paris, 2011, p. 46; A. REYGROBELLET, C. DENIZOT, *Fonds de commerce*, Paris, 2011, p. 872 ss. E tuttavia, la dottrina nota come il Codice lasci aperto il fatto che l'azienda che viene restituita non abbia lo stesso valore di quella originariamente circolata, poiché comunque lo stesso art. L.141.7 prevede che la restituzione avvenga successivamente ad una perizia volta a stabilire il valore attuale dell'azienda («*après l'estimation qui en est faite par expertise contradictoire, amiable ou judiciaire*»). Come osserva D. HOUTCIEFF, *Droit Commercial*, Paris, 2011, p. 314 «*s'agissant du matériel, une expertise détermine s'il a subi une plus ou moins-value: le débiteur est éventuellement indemnisé de la plus-value qu'il y apportée, tandis qu'à l'inverse, le vendeur est indemnisé d'une éventuelle moins-value*».

sia inferiore rispetto alla somma di denaro pagata (es. per deterioramento e/o perimento del compendio produttivo), sia nell'ipotesi in cui tale valore sia aumentato per interventi migliorativi compiuti *medio tempore* dal cessionario. Vale a dire, *a contrario*: (i) quando il cedente è tenuto a restituire una somma il cui valore è maggiore rispetto a quello dell'azienda che ritorna allo stesso; (ii) quando il cedente è tenuto a restituire una somma il cui valore è inferiore rispetto a quello dell'azienda di cui torna in possesso a seguito della pronuncia caducatoria.

#### 7. La domanda di restituzione dell'azienda deteriorata. Il problema.

Si è detto che il cessionario subisce il rischio del perimento e del deterioramento dell'azienda *medio tempore* condotta sotto la sua gestione.

Occorre concretizzare queste ipotesi.

Il perimento dell'azienda rappresenta in realtà un'ipotesi perlopiù di scuola, poiché risulta difficile immaginare una conduzione da parte del cessionario così antieconomica da determinare il totale azzeramento della capacità produttiva dell'azienda. Certamente l'azienda potrebbe totalmente perire, per esempio, a causa di una catastrofe naturale (es. terremoto), ma il problema, con tutta evidenza, si sposterà sul piano della restituzione per equivalente (e non più *in integrum*) e dell'eventuale risarcimento del danno, come già accennato<sup>93</sup>.

Più frequente è il caso del deterioramento.

Formulando una prima fondamentale avvertenza, deve sottolinearsi come esso si possa verificare allorquando la gestione del cessionario determini un decremento del valore dei beni che compongono il complesso produttivo (es. la rovina delle scorte; la mancata manutenzione ai macchinari a cui consegue una contrazione della capacità produttiva; il perimento delle materie prime; la diminuzione del valore dell'avviamento, ecc.), ma anche quando vi sia l'assunzione di nuove passività o di rapporti giuridici che determinano uno squilibrio (negativo) delle prestazioni a carico del gestore dell'azienda. Su quest'ultimo aspetto si tornerà nella prossima sezione<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Cfr. *supra*, § 1.1.

<sup>94</sup> Cfr. *infra*, § 14.3.

Un caso problematico di deterioramento dell'azienda consiste nelle alienazioni di beni facenti parte del complesso produttivo (es. la cessione di un marchio o di macchinari particolarmente sofisticati con cui si realizzava una parte della produzione aziendale) fatte *medio tempore* dal cessionario. Quando il cessionario dispone di beni o diritti che appartenevano al complesso originariamente circolato in suo favore, le norme circa l'opponibilità ai terzi della sentenza di nullità, di annullamento e di risoluzione sembrano condurre ad esiti differenti.

Si ipotizzi il caso di un cessionario di un'azienda di moda che, a seguito della contrazione della domanda, abbia dovuto diminuire la produzione e, per far fronte ai mancati guadagni, venduto il marchio di abbigliamento principale dell'azienda oppure i macchinari tessili con cui si realizzavano pregiati tessuti.

Dichiarata la nullità dell'originario contratto di cessione d'azienda, l'applicazione delle regole concernenti l'efficacia della pronuncia nei confronti dei terzi dovrebbe condurre ai seguenti esiti: *a)* il cessionario, che non è mai divenuto proprietario dei beni, non aveva il potere di disporre degli stessi; *b)* il contratto da questi stipulato con il terzo sarebbe inefficace, quale acquisto *a non domino*<sup>95</sup>; *c)* l'originario proprietario che torna in possesso dell'azienda non potrebbe vedersi opporre dal terzo alcun tipo di diritto sui beni aziendali<sup>96</sup>.

E ciò fatti salvi gli effetti dell'art. 1153 c.c. quanto all'acquisto di beni mobili e quelli dell'art. 2652, n. 6), c.c., quanto all'acquisto di beni immobili; o comunque quelli previsti in materia di usucapione<sup>97</sup>. Ne dovrebbe derivare che il terzo in buona fede munito di un titolo idoneo al trasferimento potrebbe fare salvo il proprio acquisto solo laddove l'apparente cessionario abbia alienato beni mobili (es. un macchinario per la produzione dei beni); quando invece si tratta di beni immobili (es. un capannone), l'accertamento giudiziale della nullità della cessione d'azienda non potrebbe pregiudicare coloro che hanno acquistato in buona fede dall'apparente

---

<sup>95</sup> E infatti “niente si può acquistare da chi, a propria volta, ha acquistato in forza di un titolo invalido”, come nota G. GABRIELLI, *Invalidità e diritti dei terzi*, in AA.VV. *Le invalidità nel diritto privato*, vol. XXVII, Milano, 2011, p. 2.

<sup>96</sup> Diffusamente, sul punto, V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, cit., p. 59 ss.

<sup>97</sup> Ancora V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, cit., p. 61, che ricorda i termini speciali per l'usucapione dei fondi terrieri per la piccola proprietà rurale.



cessionario “se la trascrizione del titolo nullo in di lui favore era rimasta per almeno cinque anni incontestata”<sup>98</sup>.

Nel caso di annullamento, invece, soccorre l’art. 1445 c.c.: il terzo acquirente di buona fede potrebbe fare salvo il proprio acquisto laddove alla base vi sia un contratto a titolo oneroso, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento e il caso in cui l’annullamento dipenda da incapacità legale.

Più semplice ancora è il caso della risoluzione, per cui il terzo farebbe salvo il proprio acquisto, a meno che non sia intervenuta la trascrizione della domanda ai sensi dell’art. 1458, comma 2, c.c.

Ne deriva che i regimi impugnatori conducono, in questo caso, a ricadute diverse sull’opponibilità del contratto stipulato dal terzo con il cessionario, determinando sorti diverse circa l’eventuale deterioramento del valore dell’azienda.

#### *7.1. Il diritto all’indennizzo del cedente per la diminuzione di valore.*

Occorre ora dimostrare la necessità che sia imposto, al cessionario, il pagamento di un indennizzo quando il valore del complesso produttivo oggetto della restituzione è inferiore rispetto a quello originariamente alienato.

È del tutto evidente, già a prima vista, che se non fosse previsto alcun correttivo rispetto alla perdita di valore dell’azienda, il cedente sarebbe disincentivato ad agire per la caducazione del contratto.

In dottrina, viene talora affermato che il risarcimento del danno sia un possibile strumento per risolvere questo tipo di problema: d’altronde, in un sistema basato sulla concezione patrimoniale per la valutazione del danno risarcibile, si deve tener conto di ogni interesse leso che il comportamento illecito ha provocato nella sfera patrimoniale del danneggiato; e dunque “anche di quelle ulteriori conseguenze negative che sfuggirebbero alla nozione di danno reale”<sup>99</sup>. La perdita di valore capitale della prestazione viene espressamente riconosciuta come una voce che compone il

---

<sup>98</sup> Così G. GABRIELLI, *Invalidità e diritti dei terzi*, cit., p. 12.

<sup>99</sup> P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 113.

danno da risoluzione (ma ciò potrebbe valere anche per il risarcimento dovuto nell'ipotesi di invalidità del negozio concluso)<sup>100</sup>.

Tale ricostruzione, tuttavia, risulta utile solo nella misura in cui il soggetto che chiede tutela sia il contraente fedele, cioè quello “incolpevole” della caducazione contrattuale. Quando invece è lo stesso cedente ad aver provocato l'invalidità del contratto (es. è lui che ha raggirato il cessionario) oppure ad essere inadempiente, la via risarcitoria è preclusa<sup>101</sup>.

A ben vedere, il discorso deve rimanere sul piano delle restituzioni, per fondare criteri che esulino dalle diverse questioni circa l'imputabilità della ragione che ha condotto alla pronuncia di invalidità o di risoluzione.

Invero, non sembra dubitarsi che il contraente che ottiene la restituzione di un bene di valore inferiore rispetto a quello alienato abbia diritto ad un conguaglio corrispondente a quella percentuale del prezzo “che sia rappresentativa dell'intervenuta variazione di stato della *res*”<sup>102</sup>.

E ciò è coerente con l'idea già avanzata per cui è il cessionario il soggetto che deve subire i rischi derivanti dalla propria attività nella conduzione dell'azienda.

L'ordinamento fornisce qualche indicazione, che tuttavia non pare dirimente: un'indennità per la diminuzione del valore della *res* da restituire è prevista dall'art. 2037 c.c. se l'*accipiens* è in mala fede; ma la norma sconta i problemi di compatibilità nelle ipotesi in cui l'obbligazione restitutoria consegua alla caducazione del contratto che sono stati indicati nel precedente capitolo, oltre al fatto di essere prevista solo per il contraente in mala fede. Indicazioni potrebbero trarsi dall'art. 2041 c.c., che tuttavia impone il pagamento di un indennizzo solo nei limiti dell'arricchimento conseguito dall'*accipiens*.

In materia di azienda soccorre, come detto, l'art. 2561, comma 4, c.c., e tramite una sua applicazione analogica al caso *de quo*, si giunge a delineare la norma attraverso cui prevedere un conguaglio in denaro di dare/avere al momento della retrocessione del compendio produttivo, considerando lo scarto tra l'attuale valore dello stesso e quello esistente al momento della circolazione di progresso.

---

<sup>100</sup> A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 238.

<sup>101</sup> L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 175.

<sup>102</sup> Ancora, L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 176.

L'idea per cui colui che ha in gestione l'azienda debba subire il rischio del deterioramento o del perimento e che nelle restituzioni debbano operare correttivi sembra convincere, poiché disincentiva il ricorso strumentale all'azione caducatoria quando il cessionario ha visto diminuire il valore dell'azienda per causa a lui imputabile; e di fronte a domande restitutorie contrapposte, evita che il cessionario possa recuperare l'intero prezzo pagato, liberandosi al contrario con la semplice riconsegna di un'azienda di valore inferiore – se non azzerato – rispetto a quella originariamente trasferita.

Così, la norma conferisce al cedente un mezzo di tutela nei confronti di richieste di restituzione da parte del cessionario “tramite il rafforzamento della sua facoltà di controllo ‘a distanza’ della prestazione”<sup>103</sup>.

Nel giudizio di caducazione del contratto di cessione d'azienda si possono configurare due diverse ipotesi:

- (a) quella in cui solo il cedente formula la domanda di restituzione del bene;
- (b) quella in cui entrambe le parti formulano le contrapposte domande restitutorie (dell'azienda e del prezzo).

Nel caso (a), la diminuzione del valore dell'azienda intervenuta *medio tempore* dovrà condurre alla restituzione della stessa, unitamente alla previsione di un indennizzo (*rectius*: “conguaglio in denaro”) per la retrocessione di un bene dal valore inferiore. Esemplicando, se A aveva alienato a B un'azienda dal valore di 100 e, *medio tempore*, tale valore scende a 70, al momento della caducazione del contratto si porrà in capo a B l'obbligo di restituire l'azienda dal valore di 70, unitamente ad un conguaglio in denaro di 30, fondato sull'art. 2561, comma 4, c.c.

A ben vedere, una considerazione di carattere generale concernente il caso di inadempimento del cessionario rispetto al contratto di cessione d'azienda, e specificatamente del rapporto tra le due domande alternative di adempimento del contratto e di risoluzione, pare convincere della bontà di questa soluzione.

Come noto, l'ordinamento consegna al contraente fedele una duplice possibilità: la domanda di adempimento del contratto, così da obbligare l'altra parte all'attuazione del programma negoziale pattuito, ovvero la risoluzione, e cioè il rimedio volto

---

<sup>103</sup> Così E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 311.

all'eliminazione del negozio<sup>104</sup>. Lasciando sul creditore ogni valutazione circa l'interesse all'una soluzione piuttosto che all'altra, l'art. 1453 c.c. è comunque portatore di un significato preciso, e cioè che la scelta per l'uno o per l'altro rimedio deve generare soluzioni sostanzialmente omogenee<sup>105</sup>, pur dando luogo sul piano materiale a conseguenze diverse<sup>106</sup>. Se questa è la finalità, e i risultati a cui i due rimedi tendono necessitano di essere il più possibile omogenei per l'attore, le restituzioni giocano un ruolo fondamentale<sup>107</sup>.

Anche qui un esempio può chiarire i termini del problema.

Si supponga che A ceda a B la propria azienda per il prezzo di 100, ma questo venga pagato solo per 80. Nel frattempo, l'azienda subisce deterioramenti, e al momento dell'introduzione del giudizio caducatorio vale 60.

Successivamente, A agisce per l'adempimento. Entrambe le parti conseguono 100 (salvo in ogni caso il risarcimento del danno), cioè il valore espresso dal contratto; e ciò a prescindere dal fatto che l'azienda abbia subito *medio tempore* una perdita di valore.

Se invece A agisse per la risoluzione e non si applicasse il correttivo di cui all'art. 2561, comma 4, c.c., si verificherebbero i seguenti esiti: A dovrebbe restituire 80 e otterrebbe un'azienda il cui valore è 60. Il cessionario sarebbe riportato nella situazione anteriore alla stipulazione del contratto; il cedente invece avrebbe subito una perdita di 40. Si verifica una situazione di disequilibrio tra i due rimedi, e la scelta per l'adempimento o per la risoluzione diventa opportunistica, condizionata dal valore dell'azienda nel momento in cui si decide di reagire all'inadempimento del

---

<sup>104</sup> Chiaramente sul punto G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 753; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 59 ss.

<sup>105</sup> E ciò "per evitare una schizofrenia tra i rimedi che reagiscono all'inadempimento", come riportato da M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, cit., p. 1125.

<sup>106</sup> Cfr. L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 114; sul punto anche C. TERRANOVA, *La garanzia per vizi e difetti di qualità della cosa venduta*, in *I contratti di vendita*, II, a cura di D. VALENTINO, in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2007, p. 1081 ss., p. 1136.

<sup>107</sup> Lo conferma M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, cit., p. 1124 s., per cui si rischierebbe altrimenti di assistere al fatto che quando la scelta dell'attore cade sulla risoluzione, la tutela dell'interesse positivo sarebbe affidata solo al rimedio risarcitorio; ma in questo modo, quest'ultimo "si troverebbe a svolgere un difficile ruolo di supplenza, dovendo esso (non solo compensare il pregiudizio conseguente allo scioglimento del rapporto, ma anche) sanare lo squilibrio prodotto da un meccanismo – quello delle restituzioni – che non reintegra completamente la sfera patrimoniale della parte fedele".

cessionario. E ciò, a prescindere dall'utilità che sta alla base della scelta che dovrebbe invece condizionare l'interesse del creditore di agire per un rimedio o per l'altro: egli potrebbe avere interesse a riottenere l'azienda – poiché, in ipotesi, conta sulla propria capacità di risanamento della stessa, o ancora perché ha trovato un altro acquirente a cui cederla – e tuttavia il considerare le obbligazioni restitutorie come indipendenti l'una dall'altra finirebbe per vincolare la parte fedele ad una scelta che, altrimenti, non avrebbe fatto.

Nel caso (b) abbiamo detto che le domande restitutorie sono svolte da entrambe le parti. In questo caso, si apprezzano ancor di più l'utilità del richiamo alla teoria del saldo e la necessità di considerare le obbligazioni restitutorie come all'interno di un rapporto sinallagmatico inverso.

Un esempio può chiarire i termini del problema: si supponga che A alieni a B un'azienda al prezzo di 100, che viene pagato. A distanza di anni, quando il valore dell'azienda è sceso a 70 per colpa della sua *mala gestio*, il cessionario B, accortosi della potenziale nullità del negozio (es. vizio di forma), annullamento (es. vizio della volontà) o di un inadempimento da parte di A (es. mancato rilascio di garanzie pattuite nel contratto), agisce impugnando il contratto.

Ancora una volta, se si considerassero le restituzioni come indipendenti l'una dall'altra, a seguito della pronuncia caducatoria, si assisterebbe al seguente esito: il cedente sarebbe tenuto alla restituzione per intero del prezzo di 100, mentre il cessionario sarebbe tenuto alla restituzione dell'azienda il cui valore è tuttavia notevolmente diminuito nel tempo (70). L'esito, anche solo a prima vista, non convince e pare iniquo<sup>108</sup>; né può pretendersi che il cessionario sia tenuto a reintegrare *in integrum* l'azienda nella sua composizione originaria, giacché – come già detto – il ripristino dello *status quo ante* con riferimento a una realtà dinamica come quella dell'azienda è pressochè impossibile<sup>109</sup>.

A questo punto, nel tratteggiare una diversa ricostruzione, le restituzioni possono seguire due strade: o imponendo alle parti di versare il valore iniziale di ciò che era stato pagato (dunque il cedente restituirà 100 e il cessionario dovrà restituire l'azienda

---

<sup>108</sup> P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 149 ss., per cui l'applicazione dell'art. 2037 c.c. alle ipotesi di pagamenti fatti in esecuzione di un contratto invalido conduce a risultati iniqui, poiché accade che il venditore sia obbligato alla restituzione del prezzo, mentre rischia di non ottenere la restituzione da parte del compratore.

<sup>109</sup> P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., p. 157.

di 70, più un conguaglio di ulteriore 30 fino al ripristino dello stesso valore che aveva l'azienda al momento della conclusione del contratto poi caducato), oppure permettendo l'applicazione *tout court* della teoria del saldo, di modo che alla restituzione dell'azienda di 70 da parte del cessionario si contrapponga, quanto al cedente, l'obbligo di restituire la stessa somma di 70. In altre parole, il cedente sarebbe legittimato a detrarre dalla prestazione che deve restituire "un ammontare pari alla prestazione della controparte divenuta impossibile"<sup>110</sup>.

Il risultato finale è equivalente e neutrale: da un lato cerca di ripristinare lo *status quo ante*, ma dall'altro non elide le conseguenze che si sono prodotte sul piano fattuale, addossandole sulla parte che in concreto aveva la gestione dell'azienda. Peraltro, la seconda soluzione – cioè quella più propriamente riconducibile ad un "saldo" tra le due obbligazioni – produce l'apprezzabile esito di porre un freno alla pretesa restitutoria del cessionario di riottenere l'intero prezzo pagato, quando egli non sarà in grado di pagare l'indennizzo dovuto al cedente per il deterioramento dell'azienda dovuta alla sua gestione.

Il fondamento normativo per l'una o per l'altra soluzione si può comunque rintracciare nell'art. 2561, comma 4, c.c. che rappresenta – come detto – l'espressione di un principio generale, che consente alle parti di tener conto del valore iniziale (al momento della cessione) e di quello finale (al momento della restituzione) dell'azienda e, sulla base di questo, imporre dazioni in denaro a carico delle stesse per riequilibrare le due situazioni.

#### 8. *L'incremento di valore dell'azienda da parte del cessionario. Il problema.*

In modo esattamente speculare rispetto a quanto finora trattato, può accadere che *medio tempore* l'azienda abbia accresciuto il proprio valore. Ciò si verifica quando il cessionario ha svolto attività per la realizzazione del processo produttivo aziendale il

---

<sup>110</sup> Ancora P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., p. 155.

cui risultato positivo finirebbe per giovare al cedente, a cui ritorna l'azienda a seguito della domanda di restituzione<sup>111</sup>.

Così, ci si domanda su quale parte debba ricadere il vantaggio creato dal cessionario: cioè se egli abbia la possibilità di considerarlo proprio, ovvero se, in caso di retrocessione dell'azienda, sia l'originario proprietario ad acquistare tali utilità. Pare evidente lo scontro tra due principi: da un lato quello di evitare che i risultati di un'attività del cessionario finiscano per accrescere ingiustificatamente il patrimonio del cedente; dall'altro, quello di proteggere lo stesso cedente contro gli arricchimenti imposti<sup>112</sup>.

Occorre chiarire brevemente i termini del problema, partendo proprio da quest'ultimo concetto.

L'arricchimento imposto configura l'ipotesi in cui il vantaggio patrimoniale non è la "conseguenza del comportamento del soggetto che si arricchisce, ma piuttosto del soggetto che subisce una perdita patrimoniale"<sup>113</sup>: dunque, un arricchimento che deriva da un comportamento dell'impoverito.

Il problema che si pone è quello di stabilire se – e in che termini – colui che svolge una prestazione o un'attività di cui viene poi a beneficiare un altro soggetto sia legittimato ad avanzare pretese di carattere restitutorio nei confronti di quest'ultimo.

I Paesi di *Common Law*, dove abbondano gli studi sulla responsabilità da arricchimento non desiderato, escludono la configurabilità di un'obbligazione restitutoria quando manchi la previa richiesta o la successiva accettazione da parte dell'arricchito<sup>114</sup>; tale tendenza si può riscontrare anche in Italia, dove l'art. 2031,

---

<sup>111</sup> Tra le rare voci che si sono occupate del tema, cfr. F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 431 ss., il quale tuttavia per il caso della rivendicazione dell'azienda si riporta alle regole dettate in materia di possesso, differenziando in base alla buona o mala fede del possessore; M. MARTINO, *Risoluzione del contratto e retrocessione dell'azienda ceduta*, cit., p. 745.

<sup>112</sup> In questi termini P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., p. 73, il quale afferma che l'equilibrio tra questi due principi è stato definito in ambiente tedesco da V. Caemmerer come la vera e propria croce che si trova ad affrontare l'interprete dell'arricchimento ingiustificato (*eine Crux des Bereicherungsrechts*).

<sup>113</sup> Così, espressamente, P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., p. 69; cfr. anche ID., *Arricchimento senza causa*, cit., p. 109 ss., per il quale la categoria è molto vasta e comprende tre ipotesi fondamentali: (i) gli arricchimenti che dipendono da un comportamento altrui che non costituisce una prestazione (es. spese, miglioramenti ecc.); (ii) gli arricchimenti che derivano da una prestazione altrui; (iii) gli arricchimenti che dipendono da un comportamento altruistico svolto in una situazione di emergenza. L'istituto è trattato in generale anche da P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 10 ss.

<sup>114</sup> In modo esemplificativo, in Inghilterra si fa riferimento ad una frase pronunciata da Chief Baron Pollock che afferma "*One cleans another's shoes; what can the other do but put them on?*"; e

comma 2, c.c. dettato in materia di gestione di affari altrui, esclude la possibilità di configurare una gestione *prohibente domino*<sup>115</sup>.

E in generale, la dottrina rileva come nei casi in cui la responsabilità per arricchimento implichi una modificazione qualitativa del patrimonio del soggetto arricchito e dipenda da una prestazione dell'impoverito "l'azione sarà ammessa solo ove la prestazione sia stata eseguita in buona fede, ovvero l'arricchito vi abbia consentito, o l'abbia positivamente ricevuta, o abbia tollerato l'esecuzione diretta nell'ambito del proprio dominio patrimoniale"<sup>116</sup>.

Concretizzando il problema qui in esame, addossare al cedente a cui torna l'azienda la necessità di devolvere il corrispettivo monetario pari a quanto egli ottenga – quale "*surplus*" – grazie alla restituzione di un compendio produttivo di maggior valore rispetto al prezzo di cui egli è tenuto alla restituzione, configurerebbe un'ipotesi di arricchimento imposto.

Occorre dunque verificare se il divieto di arricchimento presente nell'ordinamento italiano sia compatibile con la tesi che si è scelto di seguire nel presente elaborato, tale per cui è opportuno affermare che colui che mantiene sotto il proprio controllo l'azienda, faccia proprie le utilità da essa derivanti che determinano l'incremento di valore della stessa<sup>117</sup>.

---

cioè: "se qualcuno pulisce ad un altro le scarpe, quest'ultimo non può fare altro che indossarle". La regola si giustificava nel particolare contesto del diritto inglese, per il quale erano scarsamente ammesse obbligazioni non riconducibili alla volontà (o alla colpa) del soggetto, al punto che per i principi tradizionali del diritto inglese il possessore di buona fede non poteva avanzare alcuna pretesa indennitaria (o restitutoria) nel caso di miglioramenti effettuati su un bene altrui. Si può citare anche la sentenza *The Isle Royal Mining Co. vs. Hertin*, 37 Mich. 332 (1877): un taglialegna, credendo erroneamente di compiere atti sul proprio fondo, aveva inavvertitamente abbattuto e accatastato una serie di alberi facenti parte del vicino terreno appartenente ad una compagnia mineraria; quest'ultima, senza sapere da chi era stato tagliato, lo ha utilizzato per le sue esigenze di produzione. Il boscaiolo accortosi dell'errore agiva in giudizio per chiedere il rimborso del lavoro effettuato. I giudici inglesi hanno dato torto all'attore sulla base del fatto che dovesse considerarsi illecito anche il solo comportamento di camminare sul fondo altrui (*trespass*), e non hanno riconosciuto alcun diritto di rimborso. In realtà, sia in Inghilterra che in America, l'evoluzione della giurisprudenza – dovuta in particolare al cambio di impostazione del giudice Story nel caso *Bright vs. Boyd* (1841), 1 Story 478 – ha portato a riconoscere regole volte ad assicurare un diritto di indennizzo in capo all'*improver* che abbia agito in buona fede, e il cui servizio sia stato richiesto o comunque successivamente accettato. Per un'ampia trattazione dell'evoluzione nel *Common Law*, si veda P. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 454 ss.

<sup>115</sup> Ancora P. GALLO, *Arricchimento senza causa*, cit., p. 110.

<sup>116</sup> Così, espressamente, P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 15.

<sup>117</sup> Una similare considerazione è svolta da G. ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebitato*, Padova, 1940, p. 210, per cui, a proposito dell'art. 2040 c.c., chiarisce il risultato dell'attività dell'*accipiens* è ciò che fonda il diritto di quest'ultimo a pretendere il rimborso. Tale opinione è condivisa, su un piano generale, anche da L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 177 s., per cui il contraente-



A tal proposito, è opportuno procedere con ordine, e diversificare le singole ipotesi in cui il cedente a cui ritorna l'azienda si trova a beneficiare di attività compiute – *medio tempore* – dal cessionario.

### 8.1. Le addizioni e i miglioramenti apportati dal cessionario.

Un problema di arricchimento imposto si pone tutte le volte in cui l'azienda che torna al cedente sia accresciuta di valore in virtù di addizioni e miglioramenti apportati dal cessionario. Anche in questo caso, si tratta di comprendere che cosa accada in occasione della restituzione del compendio produttivo.

Occorre operare una prima limitazione di campo: quando l'addizione o il miglioramento è rappresentato da un rapporto giuridico ancora in esecuzione al momento della restituzione dell'azienda – e, in particolare, da un contratto o da un credito<sup>118</sup> – la questione dovrà più propriamente ricondursi alla disciplina dei rapporti pendenti stipulati dal cessionario, dei quali si dirà successivamente (cfr. *infra*, §§ 13.2 e 14.2). L'indagine qui svolta riguarda invece il compimento di atti materiali da parte del cessionario (es. l'aumento di magazzino, l'installazione di un impianto fotovoltaico sul tetto dei capannoni, l'abbellimento del negozio in cui si vende al dettaglio, ecc.).

Si è già detto<sup>119</sup> che l'accostamento tra la “ratifica” *ex art.* 2032 c.c. e la domanda di restituzione d'azienda può essere interpretata in modo estensivo, per includere non solo gli atti giuridici compiuti dal cessionario, ma anche gli atti materiali che migliorano l'azienda, giacché la nozione di “affare” contenuta nel medesimo articolo deve essere interpretata alla luce del caso concreto in cui il rapporto gestorio avviene.

Ciò premesso, si deve procedere alla dimostrazione dell'assunto per cui il cessionario che ha migliorato l'azienda abbia diritto ad un indennizzo quando il

---

*accipiens* ha diritto “a mantenere quegli aumenti di valore che abbia direttamente determinato”. L'A. differenzia tuttavia gli aumenti di valore ponendo come spartiacque la domanda giudiziale, poiché le modificazioni successive a tale momento che hanno natura voluttuaria o non utile per la *res* oggetto di restituzione non potranno essere oggetto di indennizzo per l'arricchimento che deriva al *solvens* tramite la restituzione.

<sup>118</sup> Si pensi, per esempio, alla stipulazione di nuovi contratti di leasing di autovetture da parte di un'azienda che noleggia automobili, che ha visto aumentare le richieste di noleggio in occasione dell'apertura di un aeroporto nelle vicinanze dell'azienda.

<sup>119</sup> Cfr. *supra*, § 3.

complesso produttivo torna al cedente a seguito della caducazione del contratto di cessione d'azienda. Benchè non vi sia alcuna previsione specifica dettata in materia di azienda, più indici testuali all'interno del Codice civile – dettati proprio in materia di (deroga all') arricchimento imposto – sembrano confermare l'impostazione per cui il cessionario abbia diritto ad un indennizzo per l'aumento di valore apportato all'azienda.

Passando in rassegna alcune norme, si può osservare che:

(i) nell'enfiteusi, all'enfiteuta spetta il rimborso dei miglioramenti nella misura dell'aumento di valore conseguito dal fondo per effetto dei miglioramenti stessi, che sono accertati al momento della riconsegna (art. 975 c.c.);

(ii) in tema di usufrutto, l'art. 985 c.c. dispone che l'usufruttuario ha diritto a un'indennità per i miglioramenti se questi sussistono al momento della restituzione della cosa (art. 985, comma 1 c.c.)<sup>120</sup>, e che questo stesso diritto sussiste anche quando il proprietario decide di mantenere le addizioni fatte durante la vigenza dell'usufrutto (art. 986, comma 1);

(iii) il possessore, anche di mala fede, ha diritto al rimborso delle spese fatte per le riparazioni, così come ha diritto ad un'indennità per i miglioramenti apportati alla *res*, purchè sussistenti al momento della restituzione (art. 1150, comma 2, c.c.)<sup>121</sup>; per le addizioni, l'art. 1150, comma 4, c.c. richiama il precedente art. 936 c.c. in tema di accessione, per cui il proprietario che decide di tenere le opere fatte da un terzo deve pagare a sua scelta il valore dei materiali e il prezzo della mano d'opera oppure l'aumento di valore arrecato al fondo per l'effetto dell'addizione;

(iv) la disciplina del possesso è poi espressamente richiamata dall'art. 2040 c.c., che a sua volta si riferisce agli artt. 1149-1152 c.c. per i rimborsi di spese e miglioramenti fatti dall'*accipiens*<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> In tema di locazione vige tuttavia la regola opposta: l'art. 1592 c.c. dispone che salvo disposizioni di legge contrarie o diversi usi, il conduttore non ha diritto all'indennità per i miglioramenti apportati alla cosa locata; tuttavia, l'indennità torna ad essere la regola quando il locatore ha prestato il consenso alle migliorie.

<sup>121</sup> La differenza di trattamento in base allo *status* di buona o mala fede si denota sul *quantum*, giacchè l'indennità è parametrata in base all'aumento di valore conseguito dalla cosa per i miglioramenti se il possessore è in buona fede, mentre nella minor somma se tra l'importo della spesa e l'aumento di valore se è in mala fede (art. 1150, comma 3, c.c.). Secondo R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959 (rist. 1980), p. 69, la regola è espressione del canone "*quisque faber fortunae suae*", così da "ricusare al proprietario della cosa migliorata ogni profitto senza causa".

<sup>122</sup> Definita una "norma in bianco" da E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 565.

Ora, per quanto questi ultimi esempi facciano riferimento al binomio buona/mala fede per la quantificazione dell'indennizzo dovuto, prevedano obbligazioni che sorgono al momento della cessazione fisiologica del contratto (art. 975 c.c.) o, comunque sia, di fronte a negozi che concedono in godimento un bene (e non, quindi, in ipotesi di cessione definitiva), sembra comunque che siano l'espressione di un principio generale per cui chi investe in un bene può trarne le utilità derivanti dallo stesso e, nel caso in cui queste migliorie vadano poi a vantaggio di un altro soggetto, abbia il diritto di chiedere un'indennità per l'arricchimento procurato a quest'ultimo<sup>123</sup>.

È necessario dunque verificare se tale soluzione possa essere confermata anche con riferimento alla restituzione dell'azienda.

Quando l'azienda viene migliorata o vengono immesse nel complesso produttivo addizioni da parte del cessionario, in astratto potrebbero verificarsi due situazioni:

(a) che tali migliorie possano essere separate dal resto dell'azienda di modo che il cessionario possa tenerle<sup>124</sup> ed essere tenuto a restituire solo quanto era inizialmente circolato a suo vantaggio tramite la cessione "di progresso";

(b) che tali migliorie non possano essere separate, così che dalla circolazione di regresso deriverebbe comunque un vantaggio per il cedente che ritorna in possesso dell'azienda.

L'ordinamento, di fronte a questa ipotesi, adotta atteggiamenti diversi, talora lasciando la scelta in capo al proprietario (es. in materia di accessione e di enfiteusi), talaltra in capo a colui che concretamente realizza le migliorie (es. per l'usufrutto)<sup>125</sup>; e comunque adottando diverse soluzioni con riguardo al *quantum* dovuto<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> Lo conferma, ancora L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 178. Sembra porsi sulla linea opposta, invece, l'art. 1620 c.c., in materia di affitto, per cui l'affittuario può prendere le iniziative volte ad aumentare il reddito della cosa e purchè conformi all'interesse della produzione, ma ciò non deve tradursi in un pregiudizio o in obblighi (anche indennitari) per il locatore.

<sup>124</sup> Sul punto, con riferimento tuttavia all'ipotesi dell'usufrutto, si veda M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 276, ed ivi altri riferimenti. Anche M. MARTINO, *Risoluzione del contratto e retrocessione dell'azienda ceduta*, cit., p. 745, per cui "non v'è ragione per imporre al titolare di ricevere il complesso aziendale con incrementi che possono essere rimossi, a spese del cessionario tenuto alla restituzione e su richiesta del cedente".

<sup>125</sup> Nel primo senso solo le regole in materia di enfiteusi (art. 975, comma 3, c.c.), per cui se il concedente vuole ritenere le addizioni può farlo pagandone il valore al tempo della riconsegna e quelle in materia di accessione (es. art. 936 c.c.); del secondo caso, invece, gli artt. 985 e 986 c.c.

<sup>126</sup> La questione è chiarita da P. GALLO, *Arricchimento senza causa e rimedi restitutori (i quasi contratti)*, cit., p. 77 ss., che parla appunto di diversi "moduli restitutori" ascrivibili alle diverse discipline di accessione, possesso di buona fede, possesso di mala fede e usufrutto.

Si può immaginare che la scelta debba essere orientata in base all'inerenza delle migliorie rispetto al compendio aziendale: ciò non tanto per l'inseparabilità dei beni addizionati rispetto all'azienda originariamente circolata<sup>127</sup>, ma piuttosto perché la rimozione degli stessi andrebbe a detrimento del complesso produttivo e della sua potenzialità economica; senza contare che il cessionario non avrebbe alcun interesse a preservare nel proprio patrimonio beni che, normalmente, sono proprio funzionali ad essere immessi in un ciclo economico. Così, se il cessionario – *medio tempore* – ha acquistato un nuovo macchinario che incrementa la produzione a seguito di un aumento della domanda, è ragionevole pensare che tale macchinario, entrato a far parte dei beni funzionali all'attività aziendale (art. 2555 c.c.), si (ri)trasferisca al cedente; viceversa, quando le migliorie effettuate dal cessionario esulano da questo canone (e dunque si presentano come inutili, voluttuarie o addirittura dannose) sembra opportuno lasciare in capo al cedente a cui torna l'azienda la scelta se mantenerle o meno.

Da questo punto di vista, quanto riferito in precedenza pare confermare questa tesi: se il trasferimento dell'azienda – che avviene anche in caso di circolazione “di regresso” – ha come scopo la necessità di preservare l'attitudine produttiva dell'azienda, e se l'oggetto della restituzione deve essere vagliato sotto lo spettro dell'inerenza e della funzionalità rispetto al compendio produttivo, sembra allora ragionevole pensare che tutto ciò che va a vantaggio della stessa segua tale percorso (“di regresso”)<sup>128</sup>.

Anche in Francia il tema è ampiamente dibattuto, e a fronte di un orientamento che afferma che “*les éléments nouveaux du fond restent la propriété de l'acquéreur*”, vi è chi sostiene come tale opinione – ispirata all'esigenza di riportare retroattivamente le parti nella condizione anteriore alla stipulazione del contratto, sulla scorta di quanto

---

<sup>127</sup> Ipotesi, peraltro, che può comunque verificarsi: si pensi all'acquisto di materia prima che si è mischiata con quella già esistente; o all'installazione di un nuovo macchinario la cui rimozione sarebbe particolarmente dispendiosa.

<sup>128</sup> In termini, F. FERRARA JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, cit., p. 431, per il quale “i nuovi elementi che si inseriscono nell'organizzazione, sia che prendano il posto di quelli precedenti, sostituendoli, sia che si aggiungano ad essi, ricadono nella titolarità del proprietario per la *vis attractiva* che l'organizzazione esercita su tutto quanto in essa si innesta, creando nuovi collegamenti o modificando quelli esistenti”.

affermato dall'art. L. 141-7 del *Code de commerce*<sup>129</sup> – “*va à l'encontre du principe de non-démembrement du fond qui sous-tend le texte*”<sup>130</sup>.

## 8.2. *L'indennizzo dovuto al cessionario per l'aumento di valore dell'azienda.*

Pare opportuna, anche in questo caso, una precisazione, a dimostrazione del diritto all'indennità per l'accrescimento del valore dell'azienda, che faccia riferimento all'attore che agisce per far dichiarare l'invalidità o la risoluzione del contratto.

Quando è il cedente che agisce per la caducazione del contratto e domanda la restituzione, l'indennizzo dovuto al cessionario per l'aumento di valore dell'azienda sembra un correttivo idoneo per evitare un comportamento dell'attore che, accortosi dell'incremento di cui potenzialmente potrebbe giovare, sfrutti in modo opportunistico i rimedi contrattuali per riottenere un bene dal valore superiore rispetto a quello che aveva originariamente alienato.

Viceversa, quando agisce il cessionario, la previsione di un indennizzo in suo favore impedisce che la scelta di agire per rimuovere il contratto sia in qualche modo ostacolata dalla perdita di un valore prodotto dallo stesso; in altre parole, si impedisce che gli investimenti dallo stesso realizzati sull'azienda rappresentino il “sacrificio” da pagare per agire in giudizio per far valere l'invalidità del contratto o l'inadempimento del cedente.

Oltre a questa considerazione, si può richiamare quanto già affermato in materia di gestione “impropria” dell'operato altrui: quando il cedente formula la domanda di restituzione, egli compie una scelta precisa, che (anche solo implicitamente) contiene l'accettazione del fatto che egli tornerà in possesso di un compendio produttivo di maggior valore rispetto a quello originario; dunque, in presenza di quella consapevolezza che la domanda restitutoria implicherà quella volontà (*acceptio*) che

---

<sup>129</sup> Esigenza che, tuttavia, non tiene conto degli importanti contributi dottrinali che in Francia hanno cambiato il modo di considerare il principio di retroattività della pronuncia: cfr. *supra*, Cap. II, § 5.1 e § 10.

<sup>130</sup> A. REYGROBELLET, C. DENIZOT, *Fonds de commerce*, cit., p. 876. Nel senso del secondo orientamento si rinviene anche una risalente pronuncia di merito: Trib. Orléans, 13.05.1925, DP 1931.2.65.

“è sicuramente un fattore idoneo ad integrare una responsabilità di carattere restitutorio”<sup>131</sup>.

Che lo si voglia qualificare come assenso esplicito, acquiescenza o assenso implicito<sup>132</sup>, il risultato non cambia: il cedente sarà tenuto a restituire quel *surplus* rappresentato dall'aumento di valore dell'azienda.

Il dato normativo che fonda il diritto all'indennizzo deriva dall'applicazione dell'art. 2561, comma 4, c.c., che in questo caso sottende, quale *ratio*, quella di impedire che il sacrificio economico del cessionario/gestore per l'aumento di valore di un bene finisca per rappresentare una fonte di arricchimento per il cedente che si riappropria del bene a seguito della caducazione contrattuale.

Invero, sembra scorgersi anche nell'art. 2561, comma 4, c.c. un'ipotesi di deroga al principio generale che vieta l'arricchimento imposto, poiché, laddove contempla la necessità di una dazione in denaro sulla base delle consistenze inventario, ammette che tale dazione possa avvenire anche dal cedente al cessionario (e non solo viceversa) quando le consistenze di inventario al momento della restituzione sono maggiori rispetto a quelle iniziali o quando l'iniziativa sia stata assunta (e accettata) dall'arricchito. Ciò sembra coerente con le più recenti tendenze assunte in sede internazionale, per cui l'obbligo restitutorio da parte del soggetto a cui è stato imposto l'arricchimento viene previsto, anche in mancanza di buona fede o acquiescenza, quando si tratta di *incontrovertible benefits*, vale a dire di spese che il proprietario sarebbe stato comunque costretto ad effettuare (*inevitable expenses*)<sup>133</sup>, o di benefici che possono essere agevolmente convertiti in denaro<sup>134</sup> (nel caso qui in esame rappresentato dall'utile che può ricavare l'imprenditore, per esempio vendendo il maggior numero di merci presenti nel capannone).

Anche quando i miglioramenti apportati dal cessionario si inseriscono nel più ampio contesto della corrispettività tra le obbligazioni restitutorie a seguito delle

---

<sup>131</sup> Ancora, P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., p. 70.

<sup>132</sup> Si tenga presente che l'evoluzione nei paesi di *Common law* ha comportato un'attenuazione progressiva del requisito dell'acquiescenza, per cui non è più richiesta una esplicita accettazione dell'arricchimento, ma basta una *free acceptance*, che si configura quando una persona ha avuto l'opportunità di rifiutare il beneficio e non l'ha fatto: sul punto, P. GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, cit., p. 136.

<sup>133</sup> Per esempio quelli afferenti alla sostituzione dei macchinari o all'innovazione tecnologica del compendio aziendale.

<sup>134</sup> P. GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, cit., p. 137.

domande incrociate proposte dalle parti, si pone il tema circa la necessità che il meccanismo restitutorio abbia caratteristiche neutrali, assicurando l'equilibrio e la corrispettività delle obbligazioni.

Facendo un esempio, poniamo il solito caso di una cessione d'azienda tra A e B per il prezzo di 100; *medio tempore*, grazie alla gestione e agli interventi del cessionario, l'azienda accresce il proprio valore fino a 120. Successivamente il cedente (o il cessionario) agisce per far dichiarare la caducazione del contratto e vengono formulate le domande restitutorie.

Se si ragionasse in termini di obbligazioni indipendenti l'una dall'altra, si assisterebbe al seguente esito: A restituisce il prezzo di 100 e B l'azienda del valore di 120, al punto che la caducazione del contratto si trasforma in un'occasione di lucro per il cedente. Se non fossero adottati correttivi a questo modo di considerare le obbligazioni restitutorie, si giungerebbe, come detto, ad incentivare comportamenti opportunistici del cedente, che sarebbe portato ad introdurre il giudizio ogni volta che l'azienda sia aumentata di valore.

Operando diversamente, come si è proposto, di fronte alla restituzione ad A di un'azienda del valore di 120, egli sarebbe tenuto a ripetere il prezzo di 100 + 20 a titolo di indennità per i miglioramenti apportati dal cessionario. Qui il saldo tra le obbligazioni restitutorie è a favore del cessionario, che restituirà un'azienda dal valore maggiore rispetto a quella originariamente alienata nella misura in cui il cedente sarà in grado di restituire il conguaglio derivante per migliorie apportate.

### *8.3. Spese sostenute e compenso del gestore.*

È necessario risolvere una potenziale antinomia: nel considerare gli indennizzi dovuti al cessionario, l'art. 2561, comma 4, c.c. quantifica tale posta economica con riferimento al valore dell'azienda; diversamente, l'art. 2032 c.c., che, come detto richiama l'art. 2031 c.c., fa riferimento alle spese "necessarie o utili" effettuate dal gestore.

Il problema non si pone quando le due poste coincidono: se A, ricevuta l'azienda del valore di 100, spende 10 per una miglioria e ciò aumenta di 10 il valore dell'azienda, l'indennizzo che sarà a lui dovuto in occasione della retrocessione del

complesso produttivo è comunque di 10, sia che si voglia applicare l'art. 2561, comma 4, c.c., sia gli artt. 2032-2031 c.c.

È più problematico capire cosa accade quando la spesa sostenuta da A per la miglioria non si sia tradotta in un analogo aumento di valore per l'azienda: e cioè quando abbia speso 10, ma ciò ha incrementato il valore dell'azienda solo di 5, oppure quando ha speso 10, ma ciò ha incrementato il valore dell'azienda di 15. Ci si può chiedere, in questo caso, quale valore il cessionario abbia diritto a chiedere: se quello derivante dalla spesa – pur utile o necessaria – sostenuta o quello che riguarda l'incremento di valore dell'azienda.

Una prima soluzione potrebbe essere quella di accordare una prevalenza alla norma dettata in materia di azienda, e cioè l'art. 2561, comma 4, c.c. E ciò per il motivo già citato per cui il cessionario si accolla il rischio derivante dalla gestione che intraprende sul bene, rischio che configura quello ordinario di impresa. Ciò, peraltro, sembra essere uno stimolo ad effettuare investimenti profittevoli, poiché se l'aumento di valore dell'azienda fosse superiore alle spese sostenute, egli sarà in grado di richiedere la maggior somma tra le due voci.

Una diversa indicazione sembra venire dall'art. 1150 c.c., dettato in materia di possesso, in cui il terzo comma dispone che l'indennità deve corrisondersi nella misura dell'aumento di valore conseguito dalla cosa per effetto dei miglioramenti se il possessore è in buona fede; nella minor somma tra l'importo della spesa e l'aumento di valore quando questo è in mala fede. Per quanto nel presente elaborato si sia cercato di limitare l'applicazione di norme che fondano pretese indennitarie sulla base dello stato soggettivo di buona o mala fede delle parti, si deve sottolineare come essa appaia dirimere il caso qui rappresentato.

Il richiamo alle norme in tema di mandato operato dall'art. 2032 c.c. apre ad un'ulteriore problema, e cioè se il cessionario/gestore abbia diritto anche ad un compenso per l'attività *medio tempore* svolta. Nella vigenza del Codice civile del 1865 la dottrina escludeva il diritto al compenso per il gestore "civile", argomentando sulla base della naturale gratuità del mandato civile; lo ammetteva, invece, per quello "commerciale"<sup>135</sup>.

---

<sup>135</sup> G. GIORGI, *Obbligazioni*, vol. V, Firenze, 1909, p. 111 ss.



La questione è tutt'ora dibattuta, alimentata dal cambio di prospettiva che ha assunto il Codice civile nei confronti del mandato, che ora si presume oneroso. Apparentemente, dunque, se la ratifica *ex art.* 2032 c.c. produce gli stessi effetti che sarebbero derivati da un mandato, e l'art. 1709 ne afferma la presunzione di onerosità, si dovrebbe giungere alla risposta affermativa. Da un punto di vista generale – e senza operare distinzioni tra gestore proprio e improprio – la tesi maggioritaria esclude tuttavia il diritto al compenso da parte del gestore, sulla base di tre argomentazioni: (i) il fondamento tendenzialmente solidaristico della gestione di affari<sup>136</sup>; (ii) il rischio di incoraggiare ingerenze interessate e indiscrete nell'altrui sfera giuridica; (iii) il fatto che non venga espressamente richiamato l'art. 1720 c.c., giacché il rinvio alle norme sul mandato viene fatto esclusivamente con riferimento alla posizione del gestore e non a quella del *dominus* (cfr. art. 2030 c.c.)<sup>137</sup>.

Nessuna delle tre opinioni, nel caso qui in esame, pare dirimente.

Non la prima, in quanto la gestione di affari impropria prescinde dalla natura altruistica; non la seconda, poiché la mancanza di un rinvio esplicito non escluderebbe di per sé un'interpretazione analogica<sup>138</sup>; neppure la terza, poiché il richiamo operato dall'art. 2032 c.c. è più generico e, rinviando alle norme in materia di mandato, non differenzia tra le due posizioni del gestore e dell'interessato.

Conviene muovere da un'altra prospettiva.

L'onerosità costituisce una caratteristica naturale, ma non necessaria, del contratto di mandato; al punto che essa può essere esclusa sia dalla volontà delle parti, sia da circostanze di fatto “e in particolare dalla qualità personale del mandatario e dalle relazioni che intercorrono tra quest'ultimo e il mandante”<sup>139</sup>. La verità è che la presunzione di onerosità viene prevista dal legislatore in funzione dell'accordo sottoscritto tra mandante e mandatario, nello spirito di collaborazione e cooperazione

---

<sup>136</sup> L. ARU, *Della gestione di affari*, cit., p. 55; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., p. 258.

<sup>137</sup> Per queste due osservazioni, I. GARACI, *La gestione d'affari altrui*, cit., p. 186, ed ivi altri riferimenti dottrinali. Sul punto anche L. ARU, *Della gestione di affari*, cit., p. 55, per cui il riferimento operato dalla legge al solo rimborso delle spese vale a significare che l'ordinamento non intende riconoscere al gestore alcun diritto al compenso; “pertanto, se il *dominus* corrisponderà al gestore un compenso per la sua attività, questo costituirà una donazione remuneratoria (art. 769 c.c.)”.

<sup>138</sup> In particolare, su questo punto, P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 37 s.

<sup>139</sup> Ancora, P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 38; C. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1985, p. 561.

che sottostà a tale tipologia contrattuale. Questo elemento viene totalmente a mancare in materia di gestione (impropria) di affari altrui, poiché l'attività del gestore viene eseguita senza una richiesta preventiva da parte dell'interessato e, anzi, a ben vedere è apparentemente giustificata dal titolo contrattuale di cessione d'azienda (ancorché esso venga poi caducato). Dunque, il rinvio alla disciplina del mandato, per quanto genericamente disposto dall'art. 2032 c.c., deve subire adattamenti, per impedire l'applicazione di quelle disposizioni a cui si ascrive una finalità che contrasti rispetto a quella rintracciabile nella gestione di affari altrui.

In altre parole, l'esigenza di salvaguardare il profilo strutturale della gestione di affari altrui impropria impedisce di ritenere che le norme che sottendono un interesse fisiologicamente comune tra mandante e mandatario – quale è quella del diritto al compenso – possano essere applicate all'istituto di cui all'art. 2032 c.c.<sup>140</sup>.

### *9. Due corollari delle restituzioni. I frutti e il valore oggettivo di godimento.*

Di seguito saranno affrontate due questioni – dibattute, sul piano generale, in dottrina – che costituiscono una sorta di “corollario” rispetto alla restituzione della prestazione principale (nel nostro caso: l'azienda).

Si tratterà di affrontare: (i) se il cessionario sia tenuto alla restituzione dei frutti eventualmente prodotti *medio tempore* dall'azienda; (ii) se egli sia tenuto a restituire il valore oggettivo di godimento della prestazione *medio tempore* goduta.

#### *9.1. I frutti prodotti dall'azienda e il profitto d'impresa.*

Nell'approcciarsi al tema dei frutti – siano essi naturali o civili – dell'azienda, occorre sgomberare il campo da un possibile equivoco: all'interno di questa categoria non rientrano gli utili o i profitti *medio tempore* derivanti dallo sfruttamento dell'azienda e fatti propri dall'imprenditore cessionario<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 364. *Contra*, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova, 2015, p. 331.

<sup>141</sup> *Contra*, nel senso che il reddito può essere assimilato al concetto di frutto, si veda la risalente opinione di B. BIONDI, *I beni*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. VASSALLI, Torino, 1956, p. 157.

Si è già anticipato nel precedente capitolo<sup>142</sup> che, nonostante il dibattito in dottrina, è preferibile seguire l'impostazione che esclude l'utile d'impresa dalla nozione di "frutto" ex art. 820 c.c., poiché esso non configura ciò che si trae direttamente dalla cosa madre, ma piuttosto il prodotto finale dell'attività di impresa svolta dal cessionario; in altri termini, il reddito generato da un'attività economica complessa, rispetto alla quale l'azienda – quand'anche fosse identificata con la "cosa madre" – rappresenta solo lo strumento per la realizzazione degli stessi<sup>143</sup>.

Efficacemente, si afferma che "i profitti dell'impresa non sono i frutti di beni, ma i prodotti di un'attività ed in questo campo la disciplina dei frutti è evidentemente fuori gioco"<sup>144</sup>.

D'altronde, il profitto dell'impresa non presenta somiglianze né con i frutti civili, né con quelli naturali. Non con i primi, giacché l'art. 820 c.c. chiarisce che essi sono quelli che si traggono come corrispettivo del godimento altrui: circostanza che "non present[a] alcun tratto in comune con il profitto d'impresa", che è rappresentato dal guadagno che si ottiene con la differenza tra i ricavi e i costi economici<sup>145</sup>. Neppure con quelli naturali, per la produzione dei quali, pur essendo ammesso il concorso dell'uomo, è comunque presupposta una sorta di fisiologica e ciclica proliferazione della cosa madre: circostanza che nell'azienda non può configurarsi, in assenza dell'apporto fornito dall'imprenditore<sup>146</sup>; peraltro l'assimilazione del reddito d'impresa ai frutti naturali presupporrebbe la necessità di considerare l'azienda come un'entità unica, ricadendo nella (sconveniente) adozione aprioristica della teoria unitaria<sup>147</sup>.

---

<sup>142</sup> Cfr. *supra*, Cap. II, § 7.1.

<sup>143</sup> A. DIMUNDO, voce *Frutti civili*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 1998, p. 552 ss., p. 562, che specifica che gli utili non possono configurarsi come il corrispettivo per il godimento del bene aziendale "bensì come il risultato contabile di una somma algebrica tra costi e ricavi di quell'attività".

<sup>144</sup> A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 292 s. Chiaramente anche C. SGANGA, *Dei beni in generali*, cit., p. 353, per cui vi sarebbe un "improprio spostamento del problema dall'utile d'impresa alla qualificazione del bene prodotto dall'attività di gestione, affrontare il fatto che il primo non deriva economicamente da una cosa [...] come prospettato dall'art. 820 c.c., ma rappresenta il prodotto di un'attività economica di produzione e scambio di beni e servizi che utilizza l'azienda per il perseguimento di tali fini".

<sup>145</sup> O.T. SCOZZAFAVA, *Dei beni*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1999, p. 204. Sul punto, per un approfondimento sulla nozione di frutto civile, anche C. SGANGA, *Dei beni in generali*, cit., p. 338 ss.

<sup>146</sup> Ancora, O.T. SCOZZAFAVA, *Dei beni*, cit., p. 204. Sintenticamente, A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 274, per cui "i frutti naturali [...] presuppongono che la cosiddetta cosa madre sia un bene ontologicamente produttivo".

<sup>147</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, § 2.1.

Un'indicazione testuale – seppur dettata in un altro settore dell'ordinamento – pare confermare l'idea per cui i due concetti non possono essere assimilati: l'art. 177 c.c., in materia di comunione legale, distingue chiaramente, quanto all'oggetto di quella cd. *de residuo*, i frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi percepiti e non consumati allo scioglimento del matrimonio (art. 177, comma 1, lett. *b*), c.c.) dai proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi (art. 177, comma 1, lett. *c*), c.c.), con ciò contribuendo a diversificare – sotto il profilo oggettivo – i beni che si traggono come corrispettivo da una cosa (“frutti”) da ciò che deriva dall'esercizio di un'attività economica o d'impresa da parte di un soggetto (il “reddito” o, in questo caso “provento”). Analoghe distinzioni si rinvengono, per esempio, in materia di affitto e di affitto di bestiame<sup>148</sup>.

Concordemente, la (rara) dottrina che si è occupata della questione, ha escluso che il gestore illegittimo di un'azienda sia tenuto a restituire il profitto netto che deriva dalla sua attività imprenditoriale (seppur derivante tramite l'illecito sfruttamento di un'azienda altrui)<sup>149</sup>.

Ciò chiarito, il discorso deve quindi ridursi, dal punto di vista oggettivo, alle ipotesi in cui nell'azienda vi siano singoli beni che, per loro natura, producono frutti e di essi si sia appropriato il cessionario dopo la conclusione del contratto di gestione<sup>150</sup>. Delimitando ulteriormente il campo d'indagine, si segnala che il discorso che sarà di seguito affrontato riguarderà solo i frutti goduti e consumati dal cessionario *medio tempore*, e non invece quelli accantonati durante la sua gestione. Questi ultimi, infatti, costituendo parte del magazzino al momento della caducazione del contratto di cessione d'azienda, saranno soggetti al ritrasferimento al cedente al pari di tutti gli altri

---

<sup>148</sup> Rispettivamente, l'art. 1615 c.c. distingue i “frutti” dalle “altre utilità” ricavabili dalla cosa produttiva; più specificatamente, l'art. 1644 c.c. sancisce che “l'affittuario fa suoi i parti e gli altri frutti del bestiame, l'accrescimento e ogni altro provento che ne derivi”, con ciò differenziando chiaramente le due nozioni.

<sup>149</sup> G. DE NOVA, *Attività di gestione senza titolo e utili d'azienda*, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, c. 1742, annotando Cass. 13.02.1969, n. 459.

<sup>150</sup> Ancora A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 293, per cui il problema dell'applicabilità della disciplina dei frutti all'azienda deve essere risolto “caso per caso” in riferimento alle concrete circostanze dell'attività produttiva, giacché il problema della restituzione dei frutti “si riduce al punto focale in cui occorre decidere se si tratta di ciò che deriva dalla natura produttiva del bene azienda oppure dall'attività personale dell'imprenditore”.

elementi che compongono l'azienda; conseguentemente, concorreranno a formare la consistenza d'inventario *ex art. 2561, comma 4, c.c.*<sup>151</sup>

Dunque, concentrandosi solo sulla prima ipotesi, e riprendendo esempi già fatti, si pensi ad un'azienda vinicola, in cui i frutti naturali sono rappresentati dall'annuale raccolto dell'uva già separata e venduta per essere trasformata in vino; o ad un'azienda immobiliare, in cui i frutti civili sono costituiti dai canoni delle locazioni o degli affitti a terzi. Si tratta di comprendere a chi spettano tali frutti, una volta che viene dichiarata la caducazione del contratto di cessione d'azienda.

Il Codice civile offre talune indicazioni, che tuttavia sembrano portare a risultati applicativi difformi.

In via generale, l'art. 821 c.c. prevede che i frutti naturali appartengono al proprietario della cosa madre; e la dottrina estende il principio anche ai frutti civili, affermando che l'effetto acquisitivo per questi si realizza in capo al proprietario del bene o al titolare di una posizione soggettiva minore che li abilita ad attribuire a terzi il godimento del bene<sup>152</sup>. A una diversa soluzione conduce l'applicazione dell'art. 2033 c.c., che – come già ricordato – sancisce che colui che è in mala fede è tenuto alla restituzione dei frutti dal giorno del pagamento, mentre colui che in buona fede dal giorno della domanda. A questa disciplina si affianca quella dettata dall'art. 1148 c.c., che prevede il diritto del possessore di buona fede a far propri i frutti naturali e civili maturati fino al giorno della domanda giudiziale, mentre, *a contrario*, sancisce che quello di mala fede è tenuto a restituirli al proprietario<sup>153</sup>.

Tralasciando – per i motivi già esposti nel precedente capitolo<sup>154</sup> – le regole che fondano obbligazioni restitutorie sulla base dello stato soggettivo di *solvens* e *accipiens*, le quali, come detto, distorcono quegli effetti neutrali a cui dovrebbe tendere il ripristino dello *status quo ante*, il ragionamento da condurre con riferimento

---

<sup>151</sup> Si consideri che in queste ipotesi la rimozione dei frutti potrebbe andare a detrimento del complesso produttivo. Si pensi al caso di il branco di pesci venduto nell'azienda ittica che contava 100 esemplari e che, al momento della restituzione ne conta 150. Sembra ragionevole pensare di ritrasferire al cedente tutti e quanti i 150 esemplari, compensando l'aumento di valore, in favore del cessionario, *ex art. 2561, comma 4, c.c.*

<sup>152</sup> O.T. SCOZZAFAVA, *Dei beni*, cit., p. 184.

<sup>153</sup> La regola “è intuitivamente ovvia, o perchè argomentabile dal costruito dell'art. 1148 codice civile, o perchè i frutti, salva norma contraria, appartengono all'avente titolo sulla cosa madre” secondo R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, cit., p. 23 s., seppur poi l'A. sposi solamente la prima tesi.

<sup>154</sup> Cfr. *supra*, Cap. II, § 7.1.

all'azienda può partire da considerazioni differenti. In dottrina è chiaro che "l'attribuzione al possessore di buona fede di quella parte dei frutti che è dovuta ad una sua iniziativa economica e alla sua abilità risponde a un principio generale di validità sicura"<sup>155</sup>; e la giurisprudenza non ha mancato di estendere il principio anche al caso di un'azienda posseduta illegittimamente da un terzo, in modo da lasciare comunque sul gestore della stessa i frutti prodotti grazie alla sua iniziativa economica<sup>156</sup>, sulla scorta del fatto che essi sì hanno un collegamento con i beni (indebitamente) utilizzati, ma trovano la propria base e giustificazione nell'esercizio dell'attività posta in essere dal gestore "come attività speculativa a sé stante, con tutte le alee proprie dell'attività"<sup>157</sup>.

L'impostazione è coerente con quanto previsto in materia di affitto dall'art. 1615 c.c., che consente all'affittuario di tenere "i frutti e le altre utilità" derivanti dalla cosa produttiva<sup>158</sup>, e con quanto previsto in materia di usufrutto, ove l'art. 984 c.c. dispone che l'usufruttuario ha diritto a trattenere i frutti naturali e civili durante il periodo in cui gode della cosa. Per quanto queste disposizioni facciano riferimento a contratti in cui si dispone il diritto di godimento su una *res* (e non un'alienazione definitiva), esse possono comunque venire qui in rilievo nella misura in cui si cerchi di fondare una disciplina che concerne il regime dei beni produttivi nell'ordinamento<sup>159</sup>.

Si potrebbe essere così portati ad affermare che il cessionario – a prescindere dalla sua buona o mala fede – possa trattenere i frutti derivanti dallo sfruttamento dei beni che costituiscono l'azienda.

La soluzione è condivisa dalla dottrina, sulla scorta del fatto che "il fondamento dell'acquisto dei frutti deve ricercarsi [...] nel possesso della cosa-madre, inteso in senso lato come gestione economica del bene produttivo nel proprio interesse. In altri

---

<sup>155</sup> P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 75, ma anche p. 63 ss.

<sup>156</sup> Cfr. Cass. 13.02.1969, n. 486, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, c. 1736 ss., per cui i frutti che si traggono dall'esercizio di un'azienda commerciale sono di pertinenza del gestore, e non del proprietario, anche qualora sia stata illegittimamente posseduta e condotta; in senso conforme, Trib. Milano, 17.04.1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 126 ss.

<sup>157</sup> Tesi affermata già da Cass. 26.07.1941, n. 2347; cfr. anche C. SCIUMÈ, *Restituzioni e cessione d'azienda*, cit., p. 305.

<sup>158</sup> Si può richiamare, ancora, anche l'art. 1644 c.c. in materia di affitto di fondi rustici, per cui l'affittuario fa suoi i frutti e i proventi del bestiame.

<sup>159</sup> Sul punto, si veda E. ROMAGNOLI, *Dell'affitto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1978, p. 118 s.

termini, la proprietà dei frutti si acquista per effetto del rapporto di gestione della cosa-madre, a prescindere dal titolo che giustifica e legittima tale rapporto”<sup>160</sup>.

Che sia il soggetto cessionario a fare propri i frutti derivanti dallo sfruttamento dell’azienda sembra essere suggerito anche da un’altra considerazione, che riguarda quelle aziende in cui vi è una identità economica tra profitto d’impresa e frutti dell’azienda. Si pensi ad aziende – quali quelle immobiliari – nelle quali i ricavi dell’attività di impresa (e dunque gli utili, se vi sono) sono rappresentanti da frutti civili: se fosse imposta la restituzione degli stessi al momento della caducazione del contratto, si costringerebbe il cessionario a dover rinunciare, di fatto, al proprio profitto di impresa. Ma tale soluzione, come detto, non è ammissibile, poiché “se si restituissero al proprietario dell’azienda i profitti di impresa si mescolerebbero impropriamente due entità diverse”<sup>161</sup>.

Peraltro, ragionando diversamente, e cioè nel senso di imporre al cessionario la reversione dei frutti percepiti (o percipiendi) per il periodo nel quale ha avuto in gestione l’azienda, si giungerebbe ad avere obblighi restitutori differenti in funzione dell’attività aziendale: il cessionario di un’azienda con beni fruttiferi sarebbe tenuto a restituire i frutti prodotti *medio tempore* (e quindi l’intero suo utile d’impresa se si tratta di frutti civili, come nel citato caso dell’azienda immobiliare), mentre quello di un’azienda che non genera frutti (si pensi, per esempio, ad un’attività di ristorazione) non sarebbe tenuto ad alcuna restituzione di questo genere, potendo trattenere, peraltro, tutti gli utili derivanti dall’attività imprenditoriale esercitata attraverso lo sfruttamento di beni altrui.

---

<sup>160</sup> In questi termini P. BARCELLONA, voce *Frutti (dir. civ.)*, cit., p. 233, che chiosa affermando che “acquista la proprietà dei frutti colui che possiede la cosa-madre al momento della separazione”. L’A. precisa tuttavia che l’acquisto dei frutti non si identifica direttamente con l’attività produttiva, poiché una cosa è il rapporto di fatto con il bene, altra invece l’attività diretta alla produzione. Dunque, l’attribuzione della proprietà dei frutti non rappresenta un compenso dell’attività di gestione – e infatti acquista i frutti anche colui che comincia a possedere nell’ultima fase della fruttificazione –, ma il riferimento all’attività di gestione può essere utile per individuare la *ratio* della norma. Tale ricostruzione, in ultima istanza, rappresenta “quella più rispondente ad una valutazione comparativa degli interessi e all’attuale sviluppo dell’economia” (p. 234).

<sup>161</sup> A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 292.

## 9.2. La restituzione del valore oggettivo di godimento delle prestazioni.

Il fatto che il cessionario possa trattenere i frutti prodotti dall'azienda durante la sua gestione e che abbia diritto all'indennizzo per le addizioni e i miglioramenti apportati al complesso produttivo non esime da un'ulteriore considerazione, più generale, che riguarda il profilo restitutorio del valore oggettivo di godimento<sup>162</sup> delle prestazioni *medio tempore* ricevute da ambo le parti.

Per il cedente, si tratta degli interessi sul capitale ricevuto quale prezzo dell'alienazione; per il cessionario, l'equivalente pecuniario per l'uso e il godimento dell'azienda durante il periodo in cui egli l'ha gestita.

La tesi che impone alle parti la restituzione – oltre che della prestazione principale – anche del valore oggettivo di godimento della stessa si inserisce in un discorso di carattere più generale che, messe in luce le difficoltà ricostruttive delle teorie incentrate sulla semplice disciplina dell'indebito, si pone come scopo quello di collocare le parti in una situazione economica analoga a quella precedente rispetto alla stipulazione del contratto<sup>163</sup>.

Il tema è particolarmente noto in materia di compravendita immobiliare, ove la giurisprudenza riconosce stabilmente il diritto del venditore a vedersi corrispondere l'equivalente pecuniario dell'uso e del godimento del bene compravenduto per il tempo che intercorre tra la sua consegna e la successiva restituzione<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> Per l'impostazione, sul piano generale, di questa tesi si rinvia a A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 276 ss., p. 313 ss.; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 238 ss.; ancora, G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 949 ss., per cui, riferendosi alla risoluzione, afferma che “in questo modo, l'effetto retroattivo della risoluzione agisce in modo simmetrico e in base a valutazioni attribuite dal mercato al godimento nel frattempo intervenuto”; l'A. nota peraltro che tale risultato è conforme all'art. 84 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili, ove in seguito alla risoluzione il venditore è tenuto a restituire il prezzo e corrispondere gli interessi dal giorno del pagamento, mentre il compratore è tenuto a restituire le merci unitamente “a qualsiasi vantaggio che gli sia derivato dai beni”. Cfr. anche M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, cit., p. 1148 e A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, cit., p. 529 ss.

<sup>163</sup> D'altronde, che l'uso di un determinato bene possa dare luogo, nell'ipotesi di risoluzione del contratto, all'imposizione di un compenso all'altra parte è anche una soluzione positivamente accolta dall'ordinamento, in tema di vendita con riserva della proprietà (art. 1526 c.c.). Per un'applicazione giurisprudenziale in materia di *leasing*, cfr. Cass. 24.01.2020, n. 1581.

<sup>164</sup> Cfr. Cass. 12.03.1997, n. 2209, per cui “nei contratti a prestazioni corrispettive, la retroattività della pronuncia costitutiva di risoluzione per inadempimento, facendo venir meno la causa giustificatrice delle attribuzioni patrimoniali già eseguite, comporta il sorgere, a carico di ciascun contraente – ed a prescindere dell'imputabilità delle inadempienze – dell'obbligo di restituire la prestazione ricevuta. Pertanto, in ipotesi di pronunciata risoluzione di un contratto di compravendita di



In questo senso, la soluzione appare coerente sia con la finalità ascrivibile all'invalidità del contratto, sia con quella della risoluzione.

Il valore di godimento di un'azienda può apparire a prima vista di difficile calcolo, considerate le innumerevoli variabili economiche presenti in una realtà imprenditoriale.

Onde evitare equivoci, deve segnalarsi che esso non si identifica con i soli frutti che si possono trarre dai beni aziendali<sup>165</sup>: in parte poiché, come detto, è possibile che l'azienda non produca frutti; e poi, giacché sussiste una differenza qualitativa e quantitativa tra le due poste. Esemplificando, i frutti annui di un'azienda vinicola possono essere rappresentati dalla quantità di uva raccolta nel corso di una vendemmia, mentre il valore oggettivo di godimento della stessa rappresenta un indice economico più complesso, che somma diversi fattori – alcuni positivi e altri negativi – tra loro (per esempio, le interazioni commerciali con il mercato, i costi della produzione e delle sponsorizzazioni, la qualità del vino prodotto relativamente a una determinata annata ecc.). A questo riguardo, il canone di affitto può rappresentare un valido parametro, tenendo comunque in considerazione che il valore oggettivo di godimento di un'azienda necessita di un calcolo articolato, che consideri non solo l'attitudine produttiva della stessa e la sua capacità di generare utile per l'imprenditore che sfrutta il complesso, ma anche ulteriori voci che incidono in un determinato contesto storico: banalmente, la congiuntura economica, l'appetibilità dei prodotti sul mercato, il costo delle materie prime ecc.

A prescindere dalle concrete modalità di calcolo di questa voce – per le quali solitamente in giudizio è richiesto l'ausilio di complesse consulenze tecniche – l'impostazione per cui cedente e cessionario sono tenuti a queste ulteriori restituzioni rispetto alla prestazione principale pare soddisfare. E contribuisce a realizzare i seguenti effetti positivi:

---

immobile [...] sorge a carico dell'acquirente l'obbligo di corrispondere alla controparte – che ne abbia fatto espressa richiesta – l'equivalente pecuniario dell'uso e del godimento del bene per il relativo periodo". Di recente, *ex multis*, Cass. 28.11.2017, n. 28381; Trib. Bari, 02.05.2016, n. 2441; Cass. 24.11.2014, n. 24958.

<sup>165</sup> La dottrina tende a trattare unitamente tali voci per semplificare il ragionamento quando viene proposto in via generale: cfr. su tutti A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 236, spec. *sub* nota 3.

(i) da un lato, si pone nel solco che si è scelto di seguire all'interno del presente elaborato, e cioè che tra la restituzione da parte dell'*accipiens*/cessionario e il suo diritto al rimborso nei confronti del *solvens*/cedente viene a crearsi un "rapporto di sinallagmaticità funzionale"<sup>166</sup> di carattere simmetrico, cioè che dipende da valutazioni che il mercato attribuisce al godimento *medio tempore* intervenuto<sup>167</sup>;

(ii) dall'altro, fonda una regola che si può applicare per tutte le tipologie di aziende, a prescindere dall'attività che si può esercitare sfruttando il complesso produttivo;

(iii) infine, preme sul cessionario perché egli si adoperi per una gestione efficiente del complesso produttivo: un comportamento che – come detto – dovrebbe essere sempre incentivato e promosso quando si tratta di beni produttivi. Il riferimento al valore oggettivo di godimento impedisce infatti che "i profitti eccedenti [tale valore], conseguiti grazie ad una oculata iniziativa economica, vengano immeritatamente trasferiti all'altra parte"<sup>168</sup>, così lasciando sul cessionario – ancorché (eventualmente) colpevole dell'invalidità del contratto o inadempiente – il maggior profitto conseguito per le sue abilità imprenditoriali che gli hanno permesso di sfruttare il bene oltre il suo valore oggettivo di mercato.

La dottrina concorda con tale impostazione e, pur con qualche dubbio di natura sistematica con riferimento alla natura di questa obbligazione, afferma che il proprietario dell'azienda abbia diritto ad una somma di denaro equivalente al canone che egli avrebbe potuto percepire attraverso la stipulazione di un contratto di affitto del medesimo compendio produttivo quando la gestione "illegittima" dipenda dall'invalidità o dalla risoluzione del titolo con cui l'azienda era circolata<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> Ne parla così G. ANDREOLI, *Ingiustificato arricchimento*, cit., p. 61.

<sup>167</sup> G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 949.

<sup>168</sup> Ancora G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 948 ss.; A. BELFIORE, *Inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 316, che, limitatamente all'ipotesi della risoluzione, esclude che una parte abbia il diritto "di appropriarsi del profitto che durante la fase di costanza del rapporto, l'inadempiente abbia conseguito autonomamente (cioè, il profitto che questi possa imputare alla propria iniziativa).

<sup>169</sup> G. DE NOVA, *Attività di gestione senza titolo e utili d'azienda*, cit., c. 1742; P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 266 s., per il quale tuttavia da un punto di vista sistematico tale soluzione non può essere assimilata ad un risarcimento del danno, né alla restituzione dei frutti, ma piuttosto all'azione *ex art. 2041 c.c.*; l'A. tuttavia esclude tale restituzione per il gestore illegittimo di buona fede.

## 10. Il perimento, il deterioramento e il miglioramento fortuito.

Si possono infine prendere in considerazione le ipotesi del perimento e del deterioramento fortuito dell'azienda presso il cessionario; e specularmente, quella del miglioramento fortuito per comprendere se le soluzioni proposte con riferimento all'aumento o alla diminuzione del valore dell'azienda possano valere anche quando le oscillazioni non dipendono da una condotta della parte.

L'ordinamento tedesco, di fronte a questo problema, per l'ipotesi di restituzioni derivanti da *Rücktritt* adotta una soluzione volta a far gravare sul cedente quelle conseguenze fortuite che egli avrebbe comunque subito se il bene fosse rimasto presso di lui (es. si può immaginare un sensibile deprezzamento delle merci prodotte dovute a conseguenze di mercato per lo scoppio di una guerra). La soluzione, nonostante muova da presupposti differenti, sembra avvicinarsi a quella che in Italia è contemplata dall'art. 1221, comma 1, c.c., che consente al debitore in mora di sottrarsi alla responsabilità per il perimento della cosa mantenuta nella propria sfera di rischio quando è in grado di provare che essa sarebbe comunque perita presso il creditore<sup>170</sup>.

Facendo tuttavia applicazione dei principi poc'anzi richiamati in tema di controllo sul bene e rischio si dovrebbe tuttavia affermare che anche quello dell'evento fortuito – sia esso positivo o negativo – debba ricadere sul cessionario, in quanto egli mantiene l'azienda sotto la propria sfera di influenza<sup>171</sup>.

La soluzione sembra coerente con le ipotesi di annullamento e di risoluzione, poiché in entrambi i casi il cessionario, fino al momento della pronuncia caducatoria, è anche il proprietario dell'azienda.

Più problematica appare la giustificazione di tale soluzione allorché il contratto venga dichiarato nullo, giacché, in questo caso, il rischio del perimento o del

---

<sup>170</sup> In generale, sul tema, G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 860 ss. e da P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 186; ID., *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 191, per cui tuttavia “dall'art. 1221, 1° cod. civ. non può [...] ricavarsi [...] un principio generale secondo il quale le cause alternative ipotetiche sarebbero rilevanti nei casi di responsabilità senza colpa”.

<sup>171</sup> La tesi è sostenuta anche da L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 176, che richiama (*sub nota* 139) la giurisprudenza tedesca in merito alla perdita di valore di un bene tra il momento della conclusione del contratto e l'esercizio di recesso da parte del consumatore, soluzione che è stata poi giudicata conforme al diritto dell'Unione Europea dalla Corte di Giustizia (CGUE 15.04.2010, causa C-215/08).

deterioramento fortuito graverebbe su un soggetto che non è mai divenuto effettivamente titolare del complesso di beni.

In proposito, l'applicazione dei correttivi contenuti nell'art. 2037, comma 3, c.c. potrebbero suggerire limiti adeguati al solo arricchimento dell'*accipiens*/cessionario, ma la norma sconta i problemi di applicazione – già delineati – per il riferimento allo stato soggettivo di buona fede.

Nei contratti speciali, un'indicazione che tratta una tematica affine si riscontra negli artt. 1635 e 1636 c.c., in materia di affitto di fondi rustici. Le norme, al ricorrere di particolari circostanze, prevedono una riduzione – che non può mai superare la metà del canone (o fitto) – quando almeno la metà dei frutti di un anno sia perita per caso fortuito. Al di là della specificità del caso, le disposizioni sono portatrici di un proprio significato, e cioè che nel caso del godimento temporaneo di un bene l'ordinamento può prendere in considerazioni ipotesi in cui il rischio del perimento fortuito si distribuisca su entrambi i contraenti, fino ad arrivare ad ipotesi di un'equa ripartizione al 50%. Si tratta, con tutta evidenza, di soluzioni equitative, volte a tutela dell'affittuario del fondo rustico, sulle quali è peraltro intervenuta una legge speciale (l. 567/1962), che ha abbassato i livelli di mancata produzione al verificarsi dei quali sorge il diritto dell'affittuario di ottenere una riduzione del canone<sup>172</sup>, e determinato le percentuali di riduzione da apportare ai canoni al verificarsi di avversità atmosferiche o calamità naturali<sup>173</sup>.

Se si estendesse il principio al caso di deterioramento fortuito dell'azienda gestita dal cessionario si potrebbe quindi addivenire, anche in questo caso, a soluzioni di equità, attraverso correttivi che distribuiscono il rischio su entrambe le parti contrattuali. Per fare un esempio si potrebbe consentire al cessionario che ha pagato 100 un'azienda che, per caso fortuito, è poi diminuita al valore di 70 di restituire l'azienda stessa e di ottenere indietro 70 + 15 (cioè: la metà della perdita dovuta al caso fortuito). Il meccanismo sarebbe in grado di preservare una sua neutralità

---

<sup>172</sup> In particolare, l'art. 12 della l. 567/1962 dispone che “la riduzione del canone di cui agli articoli 1635, comma primo, secondo e terzo, e 1636 del Codice civile, è ammessa in relazione a ciascuna annata agraria a favore dell'affittuario, qualora per caso fortuito si verifichi perimento di frutti non ancora separati o mancata produzione di essi, in misura non inferiore al terzo della normale produzione.

<sup>173</sup> Si veda l'art. 4 della legge 567/1962, come riformato dall'art. 5 della l. 11/1971, che assegna a una apposita Commissione tecnica provinciale il compito di determinare tali eventi e le percentuali di riduzione rispetto ai fitti dovuti.

nell'ipotesi in cui vi fossero domande restitutorie contrapposte: il cedente, all'esito delle restituzioni otterrebbe comunque 85 (70 di valore aziendale + 15 di trattenimento del prezzo) e il cessionario altrettanto (100 di prezzo da restituire – 15 per la perdita di valore).

Per quanto alla base dell'ipotesi delineata in materia di affitto di fondi rustici e quella della gestione temporanea di un'azienda da parte del cessionario si possano intravedere similitudini – giacchè in entrambi i casi si tratta di ripartire il rischio fortuito quando le parti hanno in gestione un bene produttivo (o fruttifero)<sup>174</sup> – sembra che l'estensione dell'art. 1635 c.c. anche alla materia qui trattata sia ostacolata da due considerazioni: (i) da un lato l'eccezionalità delle norme<sup>175</sup>; (ii) dall'altro, il fatto che esse sottendono una tipologia di rischio (cd. "ambientale") che è intrinsecamente legato ad eventi imprevedibili e fortuiti, e cioè eventi atmosferici, meteorologici e biologici su cui i contraenti non hanno un diretto potere di controllo<sup>176</sup>. Dunque diverso dal cd. rischio di impresa che si assume normalmente chi gestisce un'azienda.

In assenza di validi appigli normativi che disciplinano il rischio del perimento fortuito nel caso qui in oggetto, conviene dunque tornare all'ipotesi già formulata così che, in ultima istanza, il perimento fortuito graverebbe comunque sul cessionario, cioè colui che – a prescindere dalla validità o meno del titolo giuridico con il quale possedeva l'azienda – era il soggetto che esercitava il potere di controllo sul bene.

Non sembra che ci si debba discostare da questa soluzione quando si tratta il caso opposto del miglioramento avvenuto per caso fortuito.

Benchè tale ipotesi sia più remota rispetto a quella del deterioramento fortuito – giacchè essa presuppone normalmente un comportamento attivo del cessionario, mentre il deterioramento può avvenire anche in assenza di un comportamento di questi – non può essere trascurata.

---

<sup>174</sup> Sul rapporto di similitudine tra l'affitto e la disciplina dell'azienda si tornerà anche *infra*, nel seguente paragrafo.

<sup>175</sup> Cfr., tra i molti, C. GIANNATTASIO, *Della locazione*, in *Commentario al codice civile* diretto da M. D'AMELIO e E. FINZI, Firenze, 1947, p. 343. Sembra tuttavia critico sul punto, G. BIVONA, *Affitto di fondi rustici*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1995, p. 263 ss., per il quale la norma rifletterebbe i valori costituzionali "di rispetto per la proprietà e l'iniziativa economica", così da disegnare "un'alea 'socialmente' equa, che, quanto all'eventuale realizzarsi del rischio [...] incombe sulle parti del rapporto di affitto".

<sup>176</sup> Ancora, G. BIVONA, *Affitto di fondi rustici*, cit., 263 ss.; A. CARROZZA, *Lezioni di diritto agrario*, Milano, 1988, p. 29 ss.

Il ragionamento da svolgere si presta ad essere esattamente speculare a quello già proposto, qui peraltro reso più complesso dal fatto che l'applicazione di correttivi volti a ripartire equamente su entrambi i contraenti l'aumento di valore fortuito del bene non trovano basi normative. Ma se lo scopo, come detto, è quello di attribuire una diretta connessione tra sfera di controllo e sfera di rischio, non sembra vi siano ragioni per deviare dalla tesi assunta. E dunque concludere che il cessionario possa far proprio l'aumento di valore per caso fortuito e, dunque, pretendere un indennizzo per il maggior valore dell'azienda che retrocede rispetto a quello che essa aveva al momento dell'alienazione.

### *11. Il parametro per il valore dell'azienda.*

Quando il contratto di cessione d'azienda viene dichiarato invalido o risolto ci si chiede quale sia il parametro di riferimento per valutare il *quantum* dell'obbligazione restitutoria. Tale valutazione rappresenta un passaggio obbligato sia quando l'azienda è perita (per cui la valutazione servirà a quantificare la restituzione per equivalente), sia quando essa ha subito deterioramenti, sia ancora quando abbia visto un incremento di valore.

Quando viene dichiarata l'invalidità del contratto, vi è consenso nell'affermazione che il parametro di riferimento è il valore di mercato e non il prezzo indicato nel contratto, poiché altrimenti si riprodurrebbero i valori di quello scambio di cui l'ordinamento ha appena sancito l'invalidità<sup>177</sup>; operando diversamente, e riferendosi al prezzo convenuto delle parti, si finirebbe al contrario per "sanare impropriamente la nullità"<sup>178</sup>. Ciò deriverebbe, peraltro, dalla constatazione che in questo caso la tutela risarcitoria affidata alla parte che ha confidato nella validità del contratto dovrebbe essere commisurata all'interesse negativo (art. 1338 c.c.), e dunque

---

<sup>177</sup> Come afferma M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, cit., p. 1141, "non essendo stato validamente pattuito, il corrispettivo che remunera l'esecuzione della prestazione non può orientare la quantificazione del suo equivalente pecuniario"; ID., *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, cit., p. 1128.

<sup>178</sup> L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 161; la stessa affermazione si trova in Cass., sez. un., 11.09.2008, n. 23385, in *Corr. giur.*, 2009, p. 59 ss., con nota di A. DI MAJO, *Danno e mancato profitto nell'arricchimento senza causa*.

anche le restituzioni contrattuali dovrebbero essere orientate nel senso di riportare le parti nella situazione in cui si sarebbero trovate se non fosse stato concluso il contratto<sup>179</sup>.

Un esempio: se A aveva ceduto a B la propria azienda per il prezzo di 100, il cui valore di mercato era tuttavia 75, le restituzioni contrattuali derivanti dalla pronuncia di nullità dovranno essere parametrize su questa seconda cifra; così, ipotizzando un deterioramento dell'azienda del 33% che faccia scendere il suo valore a 50 a seguito della *mala gestio* del cessionario, lo scenario che si ricava è il seguente: A restituisce il prezzo di 100, mentre B sarà tenuto a restituire l'azienda del valore di 50 + il valore del deterioramento di 25<sup>180</sup>.

Questa soluzione è coerente con quanto ripetutamente affermato dalla giurisprudenza, ove per esempio in materia di appalto e di locazione si esclude che il prezzo contrattuale possa rappresentare il *quantum* da restituire all'appaltatore o al locatario<sup>181</sup>, dovendosi al contrario riferire al valore medio di mercato determinato al momento della conclusione del contratto.

Quando invece il contratto viene risolto per inadempimento, l'idea più accreditata vede il parametro per le restituzioni nel prezzo contrattualmente pattuito tra le parti; non mancano voci contrarie, che rilevano la pretesa contraddittorietà di una regola che da un lato consente alle parti di sciogliersi dal contratto non più voluto ma, dall'altro, stabilisce il *quantum* da restituire proprio su quei valori contrattuali da cui i contraenti vogliono sottrarsi<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> Ancora M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, cit., p. 1128, per cui questo criterio risulta coerente con la fisionomia del rimedio della nullità, poiché se le parti non avessero concluso tra di loro quel contratto (poi rivelatosi nullo) avrebbero contrattato con terzi, a condizioni di mercato.

<sup>180</sup> E cioè il 33% di 75 e non il 33% di 100.

<sup>181</sup> Quanto all'appalto, cfr. Cass. 28.10.2005, n. 21079; Cass. 11.02.2002, n. 18884; Cass. 29.05.1986, n. 3627. Con riferimento alla locazione, cfr. invece Cass. 13.12.2016, n. 25503, in *Corr. giur.*, 2017, p. 11 ss. con nota di R. CALVO, *Contratto di locazione, nullità erariale e arricchimento senza causa*.

<sup>182</sup> Questa opinione contraria è presente sia in U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 250, sia in E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 140 ss. Essa muove tuttavia dall'idea che le restituzioni contrattuali non abbiano il loro fondamento nel contratto stesso, ma piuttosto nell'autonoma causa di obbligazione (dell'indebito). In chiave comparatistica, anche R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract*, cit., p. 335 ss. Si segnala che la proposta di regolamento comunitario per un diritto comune europeo della vendita dedica un intero capitolo (il VII) appositamente al tema delle restituzioni, e considera come valore da prendere in considerazione per la quantificazione delle restituzioni stesse non già il prezzo contrattuale, ma il "valore monetario" (cfr. COM(2011) 635 – 2011/0284(COD), art. 173).

E tuttavia si può obiettare – riprendendo quanto già detto nel precedente capitolo – che la risoluzione non è solamente uno strumento demolitorio, ma anche uno strumento di protezione del sinallagma e dei valori in esso contenuti; di conseguenza, modellare le restituzioni sulla base dell’assetto atteso dalle parti pare essere “l’unica via che offre tutela al vincolo negoziale, assicurando la salvaguardia dell’equilibrio economico del contratto”<sup>183</sup>. Il riferimento al prezzo contrattuale sembra peraltro confermato dall’esigenza che i due rimedi offerti di fronte all’inadempimento di una parte (la risoluzione e l’adempimento) si muovano sullo stesso piano, onde dover ammettere che solo l’azione di adempimento avrebbe come scopo quello di tutelare l’interesse positivo<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., p. 162. Analoghe considerazioni sono svolte da M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un’analisi critica del diritto applicato*, cit., p. 1124 ss., per cui se anche le restituzioni devono concorrere ad evitare che il contraente deluso venga a trovarsi in una situazione peggiore rispetto a quella in cui sarebbe trovato se il contratto fosse stato adempiuto correttamente, allora

<sup>184</sup> Ancora M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un’analisi critica del diritto applicato*, cit., p. 1125.



## SEZIONE II

### I RAPPORTI PENDENTI NELLA FASE RESTITUTORIA E IL DIVIETO DI CONCORRENZA DEL CESSIONARIO

**SOMMARIO:** 12. Restituzione d'azienda e rapporti pendenti. Il problema. – 12.1. Le soluzioni della giurisprudenza (in materia di affitto d'azienda). – 13. La retrocessione dei contratti. Premesse per una possibile ricostruzione. – 13.1 I contratti già sottoscritti dal cedente a cui ritorna l'azienda. – 13.2. I nuovi contratti stipulati dal cessionario. – 14. I crediti e i debiti. Premesse. – 14.1. I crediti anteriori al trasferimento dell'azienda. – 14.2. I crediti nuovi vantati dal cessionario. – 14.3. I debiti dell'alienante. – 14.4. I nuovi debiti assunti dal cessionario. – 15. Restituzione d'azienda e rapporti di lavoro. – 16. Il divieto di concorrenza del cessionario dopo la restituzione dell'azienda.

#### *12. Restituzione d'azienda e rapporti pendenti. Il problema.*

Il problema, forse maggiore, che riguarda la restituzione dell'azienda all'originale proprietario riguarda i rapporti pendenti che ad essa ineriscono.

Il dato che salta agli occhi è che il Codice civile si occupa dell'incidenza su crediti, debiti e contratti inerenti all'azienda nel passaggio dal vecchio al nuovo titolare dell'azienda, ma nessuna disposizione si occupa del passaggio in senso inverso.

Anch'essi, naturalmente, rappresentano voci economiche che rientrano nelle più ampie valutazioni relative all'aumento o alla diminuzione del valore di un'azienda: sicchè l'analisi effettuata nella precedente sezione con riguardo a questo tema può essere qui richiamata. Esemplificando, la stipulazione di un nuovo contratto che consente di generare utili per l'imprenditore può rappresentare un miglioramento; l'assunzione di nuove passività è un evidente deterioramento.

Ciò non esaurisce, tuttavia, il perimetro dell'indagine da effettuare con riferimento a tali rapporti, dal momento che, al di là delle poste dare/avere tra le parti, occorre considerare gli effetti riguardanti i terzi che ne sono parte.

A breve si dimostrerà come le considerazioni (anch'esse contenute nella precedente sezione) relativamente al fatto che la domanda di restituzione dell'azienda comporta l'accettazione dell'operato svolto dal cessionario diventeranno fondamentali

in questa sede; e ciò, come vedremo, consentirà di muovere verso un'interpretazione analogica delle norme dettate in materia di rapporti pendenti nella circolazione di progresso dell'azienda (artt. 2558, 2559, 2560 e 2112 c.c.).

Nell'approcciarsi a questo problema, un'avvertenza si impone: le valutazioni richiamate nel primo capitolo concernenti l'interpretazione di queste norme, e in particolare i profili che consentono di differenziare i “contratti” dagli altri rapporti, varranno – *mutatis mutandis* – anche nella presente sezione con riguardo alla circolazione di regresso.

### *12.1. Le soluzioni della giurisprudenza (in materia di affitto d'azienda).*

La lacuna normativa relativa alla sorte dei rapporti pendenti nel fenomeno della circolazione di regresso è in parte colmata dalla giurisprudenza, con soluzioni che tuttavia appaiono sporadiche, prive di coerenza sistematica, e che spesso discendono dall'aprioristica considerazione per cui l'azienda costituisce un'*universitas* della quale fanno parte anche i rapporti pendenti.

Per quanto riguarda il fenomeno della retrocessione dei contratti, la Corte di Cassazione si è occupata di questa fattispecie prevalentemente in ipotesi concernenti l'affitto d'azienda, ove la restituzione dell'azienda rappresenta tuttavia un preciso obbligo in capo all'affittuario, una volta terminata la durata del contratto. Ciò non ha impedito alla giurisprudenza di offrire considerazioni più generali, affermando che l'art. 2558 c.c. può applicarsi a ritroso – sancendo così la successione automatica dell'originario proprietario nei contratti stipulati dall'affittuario – solo nell'ipotesi in cui il trasferimento al precedente proprietario abbia una natura “negoziale”<sup>185</sup>: cioè quando questo fenomeno di (ri)trasferimento dell'azienda sia ricollegabile

---

<sup>185</sup> Si tratta di un orientamento costante in giurisprudenza: *ex multis*, Cass. 07.11.2003, n. 16724, in *Giur. it.*, 2004, p. 1204 ss. con nota di O. CIPOLLA, *Note in tema di cessazione del contratto di affitto d'azienda e di successione nei contratti da parte del locatore*; Cass. 16.06.2004, n. 11318, in *Foro it.*, 2005, c. 1152 ss.; Cass. 23.09.2015, n. 18805, in *Foro it.*, 2016, 2, I, c. 631 ss. e in *Giur. it.*, 2016, p. 840 ss., con nota di M. AURELI, *Azienda – la successione nei contratti: il limite imposto dai fatti non negoziali*; Cass. 9.10.2017, n. 23581, in *Foro it.*, 2017, c. 3628 ss. con nota di G. NICCOLINI, *Termine dell'affitto d'azienda e responsabilità dell'affittante per le obbligazioni dell'affittuario: un revirement della Cassazione*, e in *Società*, 2018, p. 146 ss. con nota di E. PAGANI, *Retrocessione al fallimento dell'azienda affittata e responsabilità della procedura per i debiti maturati*, cit.

direttamente alla volontà delle parti<sup>186</sup>, alla scadenza naturale del contratto (di affitto), o a un fatto che le stesse abbiano espressamente previsto nel contratto (es. un termine o una condizione). Al contrario, si ritiene che sia preclusa l'applicazione della norma nell'eventualità in cui il ritrasferimento dell'azienda sia la conseguenza di un fatto "non negoziale", ovvero "sia la conseguenza solo mediata di una fattispecie negoziale" (tra cui si inserisce, per esempio, la dichiarazione di nullità del contratto di cessione d'azienda o la risoluzione per inadempimento del medesimo)<sup>187</sup>.

Ciò rappresenta, invero, la continuazione di un indirizzo risalente nel tempo che, interpretando l'art. 2558 c.c., riteneva che la successione automatica dovesse operare "in ogni [...] ipotesi in cui si verifichi la sostituzione di un imprenditore all'altro nell'esercizio dell'impresa, come conseguenza diretta della volontà delle parti, ovvero di un fatto dalle medesime espressamente previsto"<sup>188</sup>.

La giurisprudenza ritiene dunque che l'applicazione inversa dell'art. 2558 c.c. nei fenomeni di restituzione dell'azienda dipenda esclusivamente da un fattore "negoziale" – e dunque dalla sua diretta riconducibilità alla volontà delle parti – senza tuttavia tenere in alcun modo in considerazione l'interesse dei terzi contraenti che hanno stipulato con il (seppur precario) cessionario, usufruttuario o affittuario<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> Così rilevando anche il mutuo dissenso ai fini dello scioglimento del contratto di affitto: il caso è stato affrontato da Trib. Torino, 29.01.2019, in cui si è sancita la retrocessione di un contratto di locazione all'originario proprietario applicando l'art. 2558 c.c. a ritroso, essendo la regola "espressione della naturale ed oggettiva inerenza al complesso aziendale di tutti i rapporti che attengono alla gestione dell'azienda e potenzialmente incidono sul suo avviamento di modo che essa è destinata ad operare in tutti i casi nei quali la gestione dell'azienda passi di mano, e dunque pur quando si tratti della sua restituzione al locatore, dopo la cessazione dell'affitto".

<sup>187</sup> Con ciò intendendosi "un fatto il cui effetto tipico sia diverso dal trasferimento dell'azienda e si ponga, a sua volta, come causa di esso": cfr. Cass. 07.11.2003, n. 16724.

<sup>188</sup> Cfr. Cass. 29.01.1979, n. 2632 in *Foro it.*, 1979, c. 1818 ss.; *contra*, si veda tuttavia Trib. Milano, 19.12.1974, in *Giur. Comm.*, 1976, p. 123 ss., per cui il trasferimento dei contratti stipulati dall'affittuario dell'azienda al proprietario può verificarsi anche in conseguenza di risoluzione del contratto di affitto.

<sup>189</sup> In realtà a tale distinzione potrebbe anche riconoscersi un fondamento normativo. Come già dedotto nel precedente capitolo (Cap. II, § 3), l'elemento volontaristico assume una decisiva rilevanza per la retrocessione dei contratti quando l'azienda, affittata in seno alla procedura fallimentare, ritorna in capo al Curatore. Ai sensi dell'art. 72 l. fall., a sua volta richiamato dall'art. 104-bis l. fall., spetta infatti a quest'ultimo la scelta circa la continuazione del contratto, ovvero il suo scioglimento. Tuttavia, è superfluo sottolineare che si è al cospetto di una norma eccezionale, dettata dal contesto in cui opera la retrocessione dell'azienda: sul punto, E. PAGANI, *Retrocessione al fallimento dell'azienda affittata e responsabilità della procedura per i debiti maturati*, cit., p. 151; A. PATTI, *L'affitto dell'azienda*, cit., p. 1095 s. Per un'interpretazione analogica della norma, cfr. invece G. BOZZA, *I rapporti pendenti nelle procedure concorsuali. L'affitto di azienda*, cit., p. 1146.

Altrettanto problematico è il riferimento alle posizioni creditorie (art. 2559 c.c.) e debitorie (art. 2560 c.c.), giacchè anche in questo caso mancano riferimenti normativi.

Le pronunce note si riferiscono solo ad ipotesi concernenti l'affitto di azienda.

Fino a qualche anno fa, la giurisprudenza era stabilmente orientata nel ritenere che il regime di corresponsabilità fissato dall'art. 2560 c.c. non potesse estendersi ai debiti contratti dall'affittuario, in quanto la norma è stata dettata solo per le vicende traslative dell'azienda<sup>190</sup>. Il percorso argomentativo da seguire era piuttosto lineare, derivando da una duplice considerazione: (i) l'art. 2562 c.c., che regola l'affitto d'azienda, richiama l'art. 2561 c.c. (in tema di usufrutto) per la disciplina applicabile; (ii) l'art. 2561 c.c. non viene richiamato nell'art. 2560 c.c., al contrario di quanto avviene, per esempio, per i precedenti artt. 2558 e 2559 c.c. In questo modo, veniva affermato che i debiti sarebbero rimasti solo in capo all'affittuario.

Negli ultimi anni, si è invece assistito ad un cambio di indirizzo giurisprudenziale che, utilizzando le norme dettate in materia fallimentare, è giunto all'affermazione di criteri generali, valevoli in ogni occasione di retrocessione d'azienda. Sempre in un caso concernente la restituzione dell'azienda in un contratto di affitto, di recente la Suprema Corte ha affermato che la sorte di crediti e debiti (artt. 2112, 2559 e 2560 c.c.) sarebbe quella di retrocedere *naturaliter* all'originario titolare, in quanto questi elementi costituiscono una conseguenza "necessaria ed ineliminabile" del trasferimento<sup>191</sup>.

L'interpretazione della Corte di Cassazione deriva – anche in questo caso – da un duplice passaggio logico: (i) l'art. 104-bis l. fall. dispone che, in deroga alla disciplina di cui agli artt. 2112 e 2560 c.c., la retrocessione al fallimento dell'azienda non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati fino alla

---

<sup>190</sup> *Ex multis*, cfr. Cass. 03.07.1958, n. 2386, in *Foro it. Rep.*, 1958 (voce *Azienda*); Cass. 08.05.1981, n. 3027, in *Giur. it.*, 1982, n. 3027; Trib. Genova, 05.03.2007; Trib. Firenze 30.05.2011; Trib. Padova, 13.12.2001. In dottrina, si veda per esempio F. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000, p. 71 ss. Peraltro, come nota G. NICCOLINI, *Termine dell'affitto d'azienda e responsabilità dell'affittante per le obbligazioni dell'affittuario: un revirement della Cassazione*, cit., c. 3633, le due soluzioni non potrebbero essere assimilate, in quanto nel trasferimento temporaneo dell'azienda "il pericolo di ripercussioni negative per i creditori è meno intenso": ciò non solo per la precarietà temporanea del trasferimento, ma anche perché l'azienda continua comunque a far parte del patrimonio del concedente, e i creditori possono quindi soddisfarsi sul complesso produttivo.

<sup>191</sup> Cfr. Cass. 23581/17 cit.

retrocessione<sup>192</sup>; (ii) leggendo *a contrario*, significa che laddove non si applicasse la disposizione speciale della legge fallimentare, dovrebbe farsi riferimento agli artt. 2112 e 2560 c.c., che comportano la responsabilità dell'affittante per i debiti contratti dall'affittuario (se contenuti nelle scritture contabili).

Come già sottolineato, il percorso interpretativo della Corte di Cassazione, che giunge a dettare una regola generale per sancire la corresponsabilità dell'affittante per i debiti assunti dall'affittuario, sconta un duplice rilievo: da un lato, la Suprema Corte applica analogicamente l'art. 2560 c.c., norma speciale che si occupa esclusivamente del caso di alienazione di azienda, anche alle ipotesi di trasferimento a titolo di godimento, mentre nella disciplina che emerge dal combinato degli artt. 2561 e 2562 c.c. non vi è alcun riferimento all'estensione dell'art. 2560 c.c. all'affitto di azienda<sup>193</sup>; dall'altro, fonda la *ratio decidendi* su un'altra norma speciale (l'art. 104-bis l. fall.), ritenendo che la deroga ivi contenuta sia di per sé sufficiente a fondare un generale principio di solidarietà dell'affittante per i debiti assunti dall'affittuario durante la sua gestione<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> La *ratio* della norma è chiarita, *expressis verbis*, nella Relazione illustrativa alla riforma del diritto fallimentare del 2006: sul punto S. AMBROSINI, *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, in S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. COTTINO, Padova, 2009, p. 547 ss. La questione è ben spiegata da F. MARTORANO, *La circolazione «di ritorno» dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, cit., p. 5. Sul punto, anche P. GOBIO CASALI, *Debiti e contratti nel trasferimento d'azienda*, cit., p. 851 s.

<sup>193</sup> Sul carattere speciale dell'art. 2560 c.c. si rinvia a quanto esposto nel precedente Cap. I, § 12. Si veda inoltre F. FIMMANÒ, *Retrocessione dell'azienda affittata e responsabilità del concedente per i debiti dell'affittuario*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2018, p. 27 ss., p. 30, il quale richiama anche il Parere sulla normativa n. 19/12 del 13 settembre 2012 emanato dall'Anac, per cui l'art. 2560 c.c. non può applicarsi alle ipotesi di affitto d'azienda. La scelta, come detto, è stata ben ponderata dal Legislatore nel passaggio dal progetto preliminare del Codice del Commercio del 1940 al Codice civile del 1942.

<sup>194</sup> Cfr. G. NICCOLINI, *Termine dell'affitto d'azienda e responsabilità dell'affittante per le obbligazioni dell'affittuario: un revirement della Cassazione*, cit., c. 3638, che nel criticare il disposto dell'art. 104-bis l. fall. afferma come la deroga sia "sbadatamente asimmetrica", poiché sembrerebbe affermare, a contrario, che l'affittuario dovrebbe rispondere dei debiti del fallito inerenti all'azienda; ma, come nota ironicamente l'A., "se così fosse, dell'affitto endofallimentare non resterebbe che intonare un epicedio".

### 13. La retrocessione dei contratti. Premesse per una possibile ricostruzione.

Come detto, la retrocessione dei contratti all'originale proprietario in una situazione di alienazione dell'azienda è un fenomeno non trattato in dottrina e in giurisprudenza.

Le pronunce citate nel precedente paragrafo si riferiscono a situazioni in cui l'azienda era circolata a titolo di godimento, e precisamente in casi di affitto d'azienda; e tuttavia, nelle pieghe delle decisioni, pare intravedersi l'emersione di un principio più generale, per cui ogni volta che si è di fronte ad una sostituzione imprenditoriale, l'art. 2558 c.c. – e dunque la successione automatica dal primo al secondo imprenditore – opera come una conseguenza naturale del trasferimento dell'azienda<sup>195</sup>. Ciò peraltro sarebbe coerente con quanto affermato nel primo capitolo di questo lavoro, per cui il legislatore, nel prevedere questa norma, avrebbe inteso salvaguardare la continuità dell'attività di impresa a prescindere da colui che ha concretamente in gestione il complesso produttivo.

Tuttavia, la bipartizione operata dalla giurisprudenza in tema di affitto d'azienda – tale per cui solo di fronte ad ipotesi di trasferimenti “negoziali” potrebbe applicarsi a ritroso l'art. 2558 c.c. – non sembra soddisfare, in quanto:

(i) non fornisce un canone interpretativo uniforme di fronte ad ipotesi di caducazione negoziale differenti tra loro;

(ii) differenzia sulla base del motivo (volontaristico o meno) che conduce alla retrocessione dell'azienda, così offrendo una diversa soluzione a seconda del fatto che si reagisca, per esempio, facendo valere l'inadempimento della controparte, ovvero una clausola risolutiva espressa<sup>196</sup>;

---

<sup>195</sup> È quanto affermato da App. Bologna, 23.09.1999 (poi riformata da Cass. 07.11.2003, n. 16724, cit.).

<sup>196</sup> E infatti secondo la giurisprudenza dettata in materia di affitto (cfr., per esempio, Cass. 16.06.2004, n. 11318, in *Foro it.*, 2005, c. 1152 ss.) la clausola risolutiva sarebbe ricompresa tra i fatti espressamente previsti dal contratto che determinano l'automatico subingresso dell'originario proprietario nei contratti stipulati dall'affittuario, mentre tale effetto non si verificherebbe qualora la restituzione dell'azienda fosse la conseguenza della risoluzione per inadempimento (cfr. Cass. 07.11.2003, n. 16724, sempre in *Foro it.*, 2005, c. 1152 ss.). Sul punto anche P.F. CENSONI, *La sorte dei rapporti pendenti nel fallimento nel caso di affitto di azienda*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 333 ss., p. 343, secondo cui “la successione nei contratti è indifferente al titolo (convenzionale o legale) alla stregua del quale si trasferisce l'azienda (come dimostrano i casi dell'usufrutto legale, dell'acquisto *mortis causa* ecc.)”.

(iii) non tiene in alcun modo in considerazione l'impatto che i contratti stipulati dal nuovo imprenditore hanno avuto sull'organizzazione dell'azienda;

(iv) non considera l'interesse dei terzi che hanno stipulato il contratto con il cessionario in un momento in cui questi appariva il legittimo titolare dell'azienda<sup>197</sup>.

Così, nonostante le citate pronunce facciano riferimento alla volontà di estendere l'art. 2558 c.c. per applicarlo ogni volta che ricorra un trasferimento di azienda, o comunque di fronte a una sostituzione imprenditoriale, la bipartizione tra retrocessione ricollegabile alla volontà delle parti o meno tradisce la *ratio* di fondo della norma.

Peraltro, essa sembra talvolta disattendere più ampie considerazioni che si rinviengono in altre decisioni in materia di cessione d'azienda, ove l'art. 2558 c.c. viene esteso anche ad "altri casi nei quali ricorra un trasferimento dell'azienda, cioè la sostituzione, in forza di un fatto giuridico idoneo a produrla, di un imprenditore a un altro nell'esercizio dell'impresa" senza che sia fatto alcun riferimento alla volontarietà del trasferimento medesimo<sup>198</sup>.

Da un punto di vista generale, l'orientamento giurisprudenziale fornisce un'interpretazione restrittiva dell'elemento volontaristico alla base della retrocessione dell'azienda, guardando al solo fattore che ha portato all'impugnativa negoziale; ma non considera che a prescindere dal rimedio concretamente esercitato in giudizio e dal soggetto (cedente o cessionario, o addirittura il terzo) che l'abbia esercitato, tale elemento è sempre presente ogni volta che il cedente formuli la domanda di restituzione dell'azienda. Così, se si volesse continuare sulla linea tracciata dalla giurisprudenza, sarebbe di per sé sufficiente ravvisare nella domanda di restituzione il motivo che possa giustificare un'applicazione "a ritroso" dell'art. 2558 c.c., a prescindere dal motivo che ha condotto alla caducazione del contratto.

Questa soluzione, a ben vedere, si sposa con quanto già riferito in materia di gestione impropria di affari altrui<sup>199</sup>: se la domanda di restituzione dell'azienda è assimilabile ad una ratifica dell'operato svolto dal cessionario durante l'esecuzione del

---

<sup>197</sup> Lo chiarisce M. AURELI, *Azienda – La successione nei contratti: il limite imposto dai fatti non negoziali*, cit., p. 841, per cui il terzo si vedrebbe risolto il contratto stipulato con il cessionario per intervenuta impossibilità della prestazione "con conseguente necessità di ripetere quanto già versato in esecuzione del negozio poi travolto dal fenomeno successorio, per poi – in ipotesi – rinegoziare la medesima prestazione con il nuovo titolare".

<sup>198</sup> Lo chiarisce Cass. 05.12.2018, n. 31466.

<sup>199</sup> Più diffusamente, *supra*, Cap. III, § 3.

contratto, e l'art. 2032 c.c. fa riferimento al fatto che tale ratifica produce gli effetti che sarebbero derivati da un mandato (tra interessato e gestore, cioè tra cedente e cessionario), non convince una differenziazione degli atti giuridici che retrocedono al cedente basata su un'espressione di volontà già presente nel contratto che ha determinato la circolazione di progresso del compendio aziendale.

In realtà, il ragionamento che la giurisprudenza omette di considerare è più ampio, e sottende la necessità di distinguere la sorte che coinvolge i contratti che erano stati originariamente stipulati dal cedente – ancora in essere al momento della restituzione dell'azienda – da quelli nuovi, sottoscritti *medio tempore* dal cessionario.

Da questa distinzione occorre muovere per indagare l'impatto della sentenza di caducazione del contratto su tali rapporti pendenti.

### *13.1. I contratti già sottoscritti dal cedente a cui ritorna l'azienda.*

Quando viene dichiarata la caducazione, non vi sono particolari problemi nell'affermare che i contratti originariamente stipulati dal primo imprenditore, poi ceduti *ex lege* e continuati sotto la gestione da parte del cessionario, tornino in capo al primo contraente; e, dunque, che l'alienante tornato in possesso dell'azienda tornerà parimenti ad essere vincolato a quel contratto (da lui sottoscritto) funzionale all'attività aziendale.

Il percorso logico è chiaro: venuta meno – attraverso la rimozione del contratto di cessione d'azienda – la causa che giustificava la cessione *ex lege* ai sensi dell'art. 2558 c.c., si impone il ripristino della situazione anteriore alla stessa circolazione di progresso dell'azienda. In sostanza, caducata la cessione d'azienda, vengono a caducarsi anche gli effetti che ad essa erano normativamente ricollegati, tra cui l'automatica cessione dei contratti all'acquirente. Si ripristina così il rapporto contrattuale tra le parti che si erano originariamente vincolate; o, più correttamente, dovrebbe affermarsi che sul piano giuridico una cessione di tali rapporti non sia mai avvenuta.

Peraltro, si tenga presente che il cessionario chiamato ad adempiere dal contraente ceduto potrebbe proprio opporre l'eccezione derivante dall'invalidità o dalla risoluzione del contratto di cessione d'azienda; si tratta di una soluzione



conforme all'art. 1409 c.c., che sarebbe comunque applicabile anche al caso qui in esame<sup>200</sup>.

Occorre tutt'al più capire che cosa accada per i contratti eseguiti *medio tempore* dal cessionario, il quale credeva di gestire un rapporto a lui facente capo.

Si possono richiamare le norme sulla gestione di affari altrui, applicando l'art. 2032 c.c., e affermare che la domanda di restituzione dell'azienda avrebbe proprio l'effetto di ratificare l'operato svolto *medio tempore* dal cessionario, con la conseguenza che il cedente (interessato) potrebbe essere tenuto ad indennizzare il cessionario (gestore *pro tempore* dell'azienda e del rapporto contrattuale con il terzo)<sup>201</sup> per tutto ciò che quest'ultimo abbia pagato in virtù dei rapporti pendenti. In realtà, se il contratto pendente è *medio tempore* cessato per l'adempimento di entrambi i contraenti (cessionario e ceduto), il problema sembra non sussistere; diversamente, nell'ipotesi in cui solo il cessionario o solo il terzo abbiano adempiuto alla propria prestazione – e dunque, a contrario, il cedente a cui torna il complesso produttivo si troverà ad essere rispettivamente creditore o debitore della prestazione – la questione dovrà essere ricondotta alle norme che regolano tali rapporti, di cui si dirà nei prossimi paragrafi.

### 13.2. I nuovi contratti stipulati dal cessionario.

Il discorso pare complicarsi nel caso in cui il cessionario – *medio tempore* – abbia stipulato, di proprio pugno, nuovi contratti per l'azienda; per esempio quando (a) abbia concesso in godimento elementi già appartenenti all'azienda originariamente circolata (es. stipulato un contratto di licenza di un marchio dell'azienda, affitto di locali non più in uso), ovvero (b) quando egli abbia inserito nuovi elementi nel complesso produttivo (es. stipulato un nuovo contratto di somministrazione, o un'assicurazione contro il rischio di perimento delle merci durante gli spostamenti tra gli impianti produttivi).

---

<sup>200</sup> Sull'applicazione analogica delle norme sulla cessione convenzionale del contratto anche ad ipotesi di cessione legale, cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 741.

<sup>201</sup> Sulla questione, ancora, P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 70 s.

Le parti, in questo caso, possono essere portatrici di interessi diversi, talora confliggenti: (i) il cedente potrebbe avere interesse ad assumere la titolarità di tali rapporti pendenti, laddove funzionali alla produzione aziendale, ma tale interesse potrebbe mancare di fronte a contratti che eccedono le potenzialità produttive dell'azienda, o che costringano il cedente a sforzi imprenditoriali per lui insostenibili; (ii) il cessionario potrebbe preferire liberarsi del contratto, laddove gli venisse a mancare lo strumento (l'azienda) per poter adempiere, ma potrebbe anche voler continuare a rimanere vincolato laddove – in ipotesi – capace di veicolare la prestazione del terzo verso altre attività; (iii) infine, il terzo potrebbe avere interesse al trasferimento del rapporto nei confronti di colui che in concreto gestisce azienda, ma anche quello di evitare l'imposizione di un'automatica sostituzione della propria controparte contrattuale, quando questa è magari meno solvibile.

Ragionando su un piano generale, si dovrebbe constatare come per il principio di relatività del contratto<sup>202</sup>, l'eventuale negozio stipulato con il cessionario dell'azienda non potrebbe essere opponibile al terzo (cioè: il cedente) che domanda la restituzione del complesso produttivo in forza della caducazione contrattuale. E ciò fatti salvi alcuni limiti espressamente previsti dal Codice, in cui vige l'opposta regola che consente di opporre l'atto ai terzi. Eccezioni si riscontrano, per esempio, in materia di locazione, dove gli artt. 1599 e 1560 c.c. prevedono l'opponibilità del contratto al ricorrere di talune circostanze che si articolano in base alla tipologia di bene locato; coordinandolo con il tema qui in oggetto, il locatario di un bene potrebbe opporre il negozio al terzo (cedente) a cui ritorna l'azienda, laddove la data certa sia anteriore rispetto alla domanda di restituzione dell'azienda di cui fa parte il bene locato.

Al di là delle espresse previsioni normative, l'ipotesi di una generale inopponibilità del contratto al soggetto a cui torna l'azienda non lascia completamente soddisfatti e rischia di frustrare gli interessi sottesi ai fenomeni circolatori che coinvolgono l'azienda, ugualmente presenti anche in quelli “di regresso”, disattendendo la logica di continuità dell'impresa e di interesse alla “conservazione dei rapporti in corso”<sup>203</sup> che si ricava dall'art. 2558 c.c.

---

<sup>202</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 529 ss.; F. GALGANO, *Gli effetti del contratto*, in F. GALGANO, G. VISINTINI, *Gli effetti del contratto. Della Rappresentanza, Del contratto per persona da nominare*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 27 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 565 ss.

<sup>203</sup> Cfr. ancora M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 179.

Occorre provare ad impostare il discorso diversamente, partendo da un altro punto di vista.

Si è già detto più volte che la domanda di restituzione dell'azienda configura un'ipotesi con cui il cedente intende realizzare (a parti inverse) un fenomeno di sostituzione imprenditoriale e che con essa si realizza una sorta di ratifica dell'operato altrui *ex art. 2032 c.c.* Tale premessa conduce a ritenere possibile un'applicazione analogica dell'art. 2558 c.c. per portare ad esiti differenti rispetto a quelli appena accennati: se il contratto è stato stipulato dal cessionario per l'interesse della produzione aziendale (più correttamente, come afferma lo stesso art. 2558 c.c. "per l'esercizio dell'azienda") ed esso non è ancora stato integralmente adempiuto dalle parti al momento della domanda restitutoria<sup>204</sup>, non si vede per quale ragione non si debba applicare analogicamente la norma, per imporre una cessione automatica, *ex lege*, attraverso la circolazione di regresso<sup>205</sup>.

A ben vedere, infatti:

(i) l'alienante che formula la domanda di restituzione dell'azienda assume una chiara indicazione circa la possibilità di (ri)ottenere il complesso produttivo nello stato in cui si trova, a cui accedono anche i contratti stipulati per il suo esercizio. Si tratta pur sempre di "atti giuridici" compiuti dal cessionario; il quale, come già riferito, ha agito come un mandatario del cedente (art. 2032 c.c.), in virtù del rapporto di gestione di affari impropria che proprio la domanda di restituzione dell'azienda viene a concretizzare;

(ii) l'interesse del terzo è esattamente speculare a quello che si verifica nella circolazione di progresso, giacchè egli "subisce" la cessione automatica del proprio rapporto. In altri termini, che l'azienda si muova verso il cedente a cui ritorna il complesso produttivo o verso un altro soggetto estraneo, la posizione del terzo è la medesima: egli vedrà comunque sostituita la propria controparte originaria. A prescindere da questo, la soluzione sembra coerente, poiché è facile immaginare che

---

<sup>204</sup> Si richiama l'opinione maggioritaria che delimita l'ambito applicativo di questa disposizione: cfr. *supra*, Cap. I, § 10.2.

<sup>205</sup> Di recente, App. Napoli, 09.06.2021, n. 2127, per cui "la successione nei rapporti contrattuali dell'imprenditore inerenti all'azienda non aventi carattere personale, quale effetto del trasferimento dell'azienda, può trovare applicazione, in virtù di una interpretazione estensiva dell'art. 2558 cod. civ., non solo nelle ipotesi di alienazione, usufrutto e affitto d'azienda, ma anche negli altri casi in cui ricorra la sostituzione di un imprenditore ad un altro nell'esercizio dell'impresa per un fatto voluto dalle parti".

il terzo sia interessato all'ottenimento della prestazione proprio dal soggetto che si trova nel possesso dell'azienda, in ragione della quale il negozio viene stipulato (d'altronde, come detto, la *ratio* della norma è proprio questa); senza contare che, l'applicazione inversa della norma sui contratti dovrebbe condurre a riconoscere comunque al terzo la tutela di cui al secondo comma dell'art. 2558 c.c.: e cioè la possibilità di recedere entro tre mesi dall'avvenuta notizia della retrocessione dell'azienda ad un soggetto nuovo<sup>206</sup>;

(iii) l'unica differenza relativa all'applicazione della norma rispetto ad una cessione "fisiologica" pare essere la posizione del cessionario, giacchè, mentre nella cessione di progresso egli stipula il contratto – dunque esprimendo il consenso alla realizzazione di tale effetto automatico *ex lege* – nell'ipotesi qui delineata egli subirebbe l'iniziativa del cedente che formula la domanda restitutoria.

Si tratta, tuttavia, di un falso problema, poiché è necessario tenere in considerazione che: (a) la domanda di restituzione è espressione di un diritto a cui il cessionario soggiace (verrebbe da dire *a fortiori*, quando è stato lui ad introdurre il giudizio); (b) la perdita della titolarità del contratto sarebbe dettata proprio dall'inerenza del negozio rispetto all'azienda, e dall'esigenza di salvaguardare l'interesse produttivo dell'azienda; (c) nell'ipotesi in cui egli avesse interesse a mantenere la titolarità del negozio, si potrebbe immaginare una specifica pattuizione di cedente e cessionario sul punto, sulla base di quanto affermato dall'art. 2558 c.c. che nel disporre il trasferimento automatico del rapporto giuridico fa comunque salvo il patto contrario.

Per mitigare gli effetti dell'applicazione inversa dell'art. 2558 c.c. viene talora affermato che i contratti stipulati dal cessionario che retrocedono non devono eccedere le potenzialità produttive dell'azienda<sup>207</sup>, onde evitare che venga frustrata, all'estremo

---

<sup>206</sup> Concorda con questa visione C. SCIUMÈ, *Restituzioni e cessione d'azienda*, cit., p. 303.

<sup>207</sup> Cfr. Cass. 05.12.2018, n. 31466, per cui i contratti stipulati dall'usufruttuario o dall'affittuario che possono retrocedere non devono eccedere le potenzialità produttive dell'azienda. Considerazioni simili si rinvencono in Cass. 07.11.2003, n. 16724. In dottrina, seppur con riferimento all'affitto d'azienda, P.F. CENSONI, *La sorte dei rapporti pendenti nel fallimento nel caso di affitto di azienda*, cit., p. 342 ss. In passato, anche Cass. 29.01.1979, n. 632, in *Foro it.*, 1979, c. 1818, con nota critica di A. JANNARELLI, la quale tuttavia nel sancire il subentro del locatore rispetto ai contratti stipulati dall'affittuario richiedeva congiuntamente due condizioni: a) che non si trattasse di rapporti eccedenti la potenzialità produttiva dell'azienda al momento della conclusione del contratto di affitto; b) che il ritrasferimento dell'azienda al locatore fosse dipeso dalla volontà delle parti o da un fatto che queste avessero espressamente previsto.

opposto, la *ratio* dell'art. 2558 c.c.; tuttavia, occorre segnalare che tale limitazione viene prevista solo dalla giurisprudenza che si è occupata di tali questioni in materia di affitto, laddove la “pertinenza” dei contratti stipulati dall'affittuario rispetto agli scopi dell'azienda è un preciso obbligo che discende dalla legge<sup>208</sup>.

Più correttamente, sembra opportuno richiamare, nell'interpretazione analogica della disposizione, quanto riferito nel primo capitolo circa l'interpretazione di questa norma giacchè, *mutatis mutandis*, le considerazioni ivi esposte dovranno valere anche in queste sede. E dunque, come detto, dal punto di vista oggettivo i contratti che subiranno tale (ri)trasferimento saranno quelli che presentano uno stretto legame di inerenza rispetto all'azienda e all'attività con essa svolta.

Peraltro, varranno anche nella circolazione di regresso le tre eccezioni che impediscono la successione automatica nei rapporti contrattuali<sup>209</sup>. Pertanto: (i) il cedente non subentrerà nei contratti “aventi carattere personale” stipulati dal cessionario; (ii) è possibile immaginare una pattuizione contraria tra cessionario e cedente che impedisca il trasferimento del negozio unitamente all'azienda che retrocede; (iii) il terzo ceduto potrà esercitare il diritto di recesso *ex art. 2558*, comma 2, c.c. anche in questa ipotesi.

A chiusura del discorso sui contratti stipulati dal cessionario, occorre ribadire che anche questi dovranno essere soggetti al più ampio calcolo di cui all'art. 2561, comma 4, c.c., giacchè, come detto, anche i rapporti giuridici concorrono a determinare il valore di un'azienda. E dunque a rappresentare il parametro per il calcolo di eventuali indennizzi di dare/avere tra le parti.

#### *14. I crediti e i debiti. Premesse.*

Nel primo capitolo si è verificato come – nonostante i diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto – la legge non contempli in generale l'ipotesi

---

<sup>208</sup> Sembra sostenere che si possa ricalcare questa *distinctio*, leggendo nella conservazione del valore economico il primario valore da salvaguardare anche nelle ipotesi di circolazione inversa del compendio produttivo, M. MARTINO, *Risoluzione del contratto e retrocessione dell'azienda ceduta*, cit., p. 742 ss., per cui “può ritenersi operante la retrocessione *ope legis* dei contratti [...], con il correttivo dell'esclusione dei contratti in cui si esprima una abnormità o comunque una patente irrazionalità gestoria”.

<sup>209</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, § 10.3. e ss.

del trasferimento automatico dei crediti e dei debiti aziendali al cessionario, giacchè, diversamente da quanto previsto per i contratti, manca una specifica disposizione in questo senso. Giova ricordare che l'art. 2559 c.c. si occupa esclusivamente del tema dell'efficacia – verso i terzi – di un'eventuale cessione volontaria di crediti che viene espressamente pattuita tra le parti in connessione con la cessione dell'azienda; l'art. 2560 c.c. fa invece sorgere una corresponsabilità per i debiti aziendali tramite la creazione di un acollo *ex lege* tra cedente e cessionario, senza che ciò coinvolga la titolarità del debito.

Sulla scia di ciò, e salve eventuali pattuizioni presenti nel contratto di cessione volte a regolare proprio questi aspetti in occasione della retrocessione dell'azienda, devono essere respinte tesi volte a determinare, nella circolazione di regresso, l'automatico trasferimento al cedente dei rapporti attivi e passivi inerenti all'azienda, giacchè tale soluzione non sarebbe in grado di ricavarsi dalle due norme in commento.

Così, nonostante l'art. 2032 c.c. faccia un generico riferimento agli effetti del mandato, non può ritenersi che l'assunzione di nuovi crediti e debiti da parte del cessionario (gestore) determini l'automatico trasferimento degli stessi al cedente, giacchè la norma necessita di un opportuno coordinamento con quelle dettate dall'art. 2559 e 2560 c.c.

E dunque, al di là delle critiche già sollevate con riferimento all'orientamento giurisprudenziale che, in materia di affitto d'azienda, afferma la retrocessione di crediti e debiti quale “conseguenza necessaria ed ineliminabile del trasferimento”<sup>210</sup>, non può che ribadirsi che esso parta da un presupposto escluso dalla legge, e cioè la trasferibilità automatica di tali rapporti nella fase di circolazione di progresso, per dedurre la medesima regola nell'ipotesi di circolazione inversa. Peraltro, tale orientamento non specifica in che modo gli artt. 2559 e 2560 c.c. possono avere rilevanza nel fenomeno della circolazione inversa.

L'applicazione analogica delle norme sui crediti e sui debiti aziendali deve essere perciò ricalibrata; e, a tal fine, occorre analizzare il ventaglio di ipotesi che si possono verificare con riferimento a queste tipologie di rapporti pendenti.

---

<sup>210</sup> Si ricorda, ancora, Cass. 23581/17 cit.

#### 14.1. I crediti anteriori al trasferimento dell'azienda.

Una prima ipotesi riguarda i crediti la cui titolarità è rimasta in capo al cedente anche dopo l'alienazione d'azienda: cioè quelli per cui le parti non hanno previsto alcun trasferimento pattizio.

In questo caso, la retrocessione dell'azienda non pone alcun tipo di problema tra cedente e cessionario: come detto, l'art. 2559 c.c. si preoccupa solo dell'opponibilità della cessione dei crediti, senza disciplinare il loro automatico trasferimento. Così, la caducazione del contratto di cessione d'azienda non influirebbe sulle vicende tra il cedente (creditore) e il terzo (debitore), poiché il trasferimento della stessa non avrebbe spostato la titolarità del rapporto obbligatorio.

A soluzioni diverse si deve giungere laddove le parti abbiano previsto tale pattuizione, con la quale la titolarità del credito era *medio tempore* mutata; quando il contratto di cessione d'azienda viene caducato, tale sorte tocca anche la cessione dei crediti in esso inserita, così da far tornare creditore il soggetto che aveva originariamente alienato l'azienda.

Preme segnalare che, per come è concepita nell'ordinamento italiano la cessione del credito, non si ravvisa alcuna esigenza di protezione del terzo debitore, giacché egli non avrà “di norma un interesse ad essere obbligato nei confronti di un creditore piuttosto che di un altro”<sup>211</sup>; né, si avverte tale esigenza nel caso qui in esame, giacché la legge non esprime alcun principio volto a tutelare la posizione dei debitori aziendali nel trasferimento d'azienda.

Se nessun problema si pone allorché il debitore ceduto non ha adempiuto al proprio obbligo nel periodo che intercorre tra la cessione d'azienda e la sua restituzione, giacché in questo caso il legittimato alla riscossione del credito sarà comunque il cedente all'esito della retrocessione, il tema può rilevare, invece, quando l'eventuale pagamento effettuato dal debitore ceduto sia effettuato proprio durante tale periodo.

---

<sup>211</sup> A. ASTONE, *Il trasferimento del credito*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da P. SCHLESINGER e da F.D. BUSNELLI, Milano, 2014, p. 49. Analogamente, C.M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, vol. IV, Milano, 1992, p. 571.

Anche in questo caso, analogamente a quanto è stato affermato con riguardo alla circolazione di progresso, l'art. 2559 c.c. va coordinato con le norme dettate in materia di pagamento effettuato al creditore apparente.

L'art. 1189 c.c. dispone che il debitore che esegue il pagamento a colui che appare legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche è liberato, qualora provi di essere stato in buona fede; la norma è richiamata proprio dall'art. 2559, comma 1, c.c. laddove viene disposto che anche a prescindere dall'iscrizione del trasferimento d'azienda nel registro delle imprese, il debitore che paghi in buona fede al soggetto che non è più titolare del credito è liberato purché tale pagamento sia stato effettuato in buona fede.

Il caso che può presentarsi è dunque il seguente: all'esito della cessione dell'azienda il terzo debitore è venuto a conoscenza della cessione dei crediti aziendali – sia essa avvenuta attraverso la notificazione o la sua accettazione, ovvero *aliunde* –, ma tale cessione risulta successivamente inefficace per la sopravvenuta sentenza che accerta la caducazione del contratto.

In questo caso, sembra che si possa affermare che in linea di massima il debitore ceduto che abbia pagato in buona fede al cessionario – ancorché questi abbia ricevuto l'azienda in base ad un titolo poi caducato – sia liberato ai sensi dell'art. 1189 c.c., poiché egli ha eseguito il pagamento nei confronti di un soggetto che appariva legittimato a riceverlo. Al più potranno porsi dubbi sulla buona fede dello stesso debitore laddove questi abbia avuto notizia del giudizio volto a far dichiarare l'inefficacia dell'atto di cessione d'azienda, o quando tale contratto presenti macroscopici vizi che non possono indurre un creditore ragionevole a ritenere il cessionario come il soggetto legittimato “in base a circostanze univoche” a ricevere tale pagamento.

I rapporti interni tra le parti che agiscono per la caducazione potranno essere regolati ai sensi dell'art. 1189, comma 2, c.c., e il cedente a cui ritorna l'azienda potrà agire per la ripetizione dell'indebito verso il cessionario a cui il terzo debitore abbia pagato in buona fede, poiché questi – pur essendo creditore apparente – non era il titolare del diritto alla riscossione. A ben vedere, per evitare una moltiplicazione delle azioni che scaturiscono dall'impugnazione della cessione d'azienda, si potrebbe considerare la mancanza di un credito nell'azienda che retrocede al cedente al pari di



un deterioramento del complesso produttivo; e di ciò dovrà farsi carico il cessionario che ha beneficiato del pagamento, sulla scorta di quanto affermato nella precedente sezione in tema di conguaglio *ex art. 2561, comma 4, c.c.*

#### *14.2. I crediti nuovi vantati dal cessionario.*

Può accadere che, *medio tempore*, il cessionario abbia assunto nuovi crediti, siano essi di fonte contrattuale oppure extracontrattuale: potrebbe aver stipulato un contratto per la fornitura di nuove merci, per le quali il prezzo sia già stato interamente pagato; oppure a fronte del pagamento integrale del corrispettivo a suo carico, disporre del godimento di un nuovo capannone dove stoccare i beni prodotti, o ancora godere come licenziatario di un marchio, per la cui produzione dei beni è necessaria l'azienda.

Con tutta evidenza, la retrocessione dell'azienda toglierebbe al cessionario il luogo deputato al naturale impiego di tali crediti, specie quando essi non abbiano natura pecuniaria.

Lasciando ad un secondo momento la questione circa l'interesse del cessionario privato dell'azienda al mantenimento di tali rapporti giuridici<sup>212</sup>, l'attenzione deve qui volgersi a due situazioni: (i) l'ipotesi in cui il cessionario abbia assunto nuovi "crediti funzionali"; (ii) l'ipotesi in cui le parti abbiano inserito nel contratto di cessione clausole destinate al trasferimento dei crediti in capo al cedente al verificarsi della caducazione del contratto.

Le due soluzioni possono essere accomunate, poiché entrambe trattano il trasferimento di tali rapporti giuridici, in senso inverso, da cessionario a cedente.

Per quanto riguarda i crediti funzionali, nel primo capitolo si è detto che nella circolazione di progresso è avvertita l'esigenza che essi siano trasferiti al cessionario, quando rappresentano elementi fondamentali per la conduzione dell'attività imprenditoriale, in assenza dei quali si rischierebbe di far venir meno la stessa attitudine produttiva dell'azienda; ragioni di coerenza e uniformità con quanto già affermato conducono alla soluzione per cui, di fronte a nuovi "crediti funzionali"

---

<sup>212</sup> La questione verrà accennata *infra*, Cap. IV, § 4 ss.

assunti dal cessionario *medio tempore*, la caducazione del contratto di cessione d'azienda non rappresenta un ostacolo al trasferimento degli stessi al cedente<sup>213</sup>.

E tuttavia, tale soluzione – al pari di quanto detto nel primo capitolo – non si dovrebbe fondare sulla lettura dell'art. 2559 c.c., ma piuttosto sullo stesso art. 2555 c.c., poiché del complesso aziendale fanno parte anche quei rapporti giuridici su cui si innesta l'attività di impresa.

D'altronde, anche in questo caso, il cessionario che perde il possesso dell'azienda il più delle volte non ha alcun interesse a conseguire utilità che si giustificano solo nell'ottica della produzione; né, d'altro canto, sembra necessario tutelare il debitore ceduto poiché, come detto, per quest'ultimo è indifferente il soggetto destinatario del pagamento del debito.

Al più, potrebbe porsi un tema di aumento del valore dell'azienda.

Coerentemente con quanto già più volte affermato, il tema va ancora ricondotto alla ratifica dell'operato altrui *ex art. 2032 c.c.*, con la quale il cedente-interessato si appropria degli atti (in questo caso, appunto, i crediti funzionali) assunti *medio tempore* dal cessionario. E dall'incremento di valore conseguito dall'azienda per l'inserimento, all'interno del complesso produttivo, di nuovi crediti sorgerà il diritto del cessionario ad essere indennizzato attraverso il conguaglio *ex art. 2561, comma 4, c.c.*

Per terminare il discorso relativo ai crediti, ci si può infine domandare se la disciplina contenuta nell'art. 2559 c.c. – che, come detto<sup>214</sup>, prevede che l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di cessione d'azienda produce effetti nei confronti dei terzi – possa trovare applicazione anche nella retrocessione dell'azienda.

Il problema è il seguente: se le parti hanno specificatamente previsto il trasferimento al cedente dei crediti aziendali assunti *medio tempore* dal cessionario, l'iscrizione nel registro delle imprese della sentenza che dichiara la caducazione del

---

<sup>213</sup> Un esempio può chiarire i termini del problema: si immagini il caso in cui l'azienda alienata produca beni che vanno in commercio con un marchio di cui il cedente era licenziatario e per cui era già stato pagato il prezzo relativo ad una licenza pluriennale. Scaduta tale licenza, il cessionario la rinnova, pagando ancora una volta anticipatamente il relativo prezzo. La successiva retrocessione dell'azienda – dovuta alla caducazione del contratto – impone di capire che cosa succede a tale diritto di sfruttamento del marchio, che con tutta evidenza rappresenta un elemento fondamentale nell'ottica della produzione aziendale.

<sup>214</sup> Ancora *supra*, Cap. I, § 11.

contratto può avere il medesimo effetto notificativo, nei confronti dei debitori, che ha l'iscrizione del contratto di cessione durante la circolazione di progresso?

La soluzione positiva al quesito presupporrebbe, con tutta evidenza, che la sentenza che impone la caducazione del contratto e la conseguente retrocessione (o, più auspicabilmente le domande così dirette) possa essere iscritta nel registro delle imprese, al fine di garantire l'opponibilità ai terzi dell'eventuale trasferimento del credito al cedente (in specie, ulteriori cessionari del credito *ex art. 1265 c.c.* o creditori del cessionario che abbiano pignorato il credito *ex art. 2914, comma 2, c.c.*).

La giurisprudenza, sul punto, ha mostrato aperture rispetto al principio di tassatività degli atti soggetti a iscrizione ai sensi dell'art. 2188 c.c., ammettendo la possibilità di iscrivere nel registro atti anche non espressamente previsti dalla legge quando ciò corrisponde ad una modificazione di precedenti iscrizioni già effettuate<sup>215</sup>. D'altronde, non sembra difficile argomentare che la sentenza che impone la caducazione della cessione d'azienda – cessione per cui è imposta, *ex art. 2556 c.c.* l'iscrizione nel registro delle imprese – ne vada a modificare una precedente prescritta obbligatoriamente per legge, così che si dovrebbe ammettere la stessa iscrizione nel medesimo registro.

#### *14.3. I debiti dell'alienante.*

Anche con riferimento ai debiti aziendali ci si può chiedere quale sia l'ambito di applicazione dell'art. 2560 c.c. quando il contratto di compravendita dell'azienda viene caducato.

Un primo terreno di indagine riguarda i debiti originariamente assunti dal cedente che, al momento della retrocessione, non siano ancora stati pagati o adempiuti.

La caducazione del contratto di cessione d'azienda implica il venir meno della causa giustificatrice dell'accollo *ex lege* creato – ai sensi dell'art. 2560 c.c. – tra cedente e cessionario; e l'accollante (cessionario) convenuto per il pagamento dal

---

<sup>215</sup> Cfr., di recente, Trib. Milano, 10.12.2018, n. 3419, in *giurisprudenzadelleimprese.com*, per cui “il principio di tassatività delle iscrizioni va conciliato con il principio di completezza, ricostruibile alla luce dell'intera ratio del sistema di pubblicità commerciale di cui al Registro delle Imprese, principio il quale comporta che siano iscrivibili, anche in difetto di una espressa previsione normativa, tutti gli atti modificativi di situazioni soggette ad iscrizione”. Cfr. anche Trib. Rovigo, 11.02.2004.

creditore accollatario potrebbe sempre opporre al creditore aziendale le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è poi avvenuta, come disposto dall'art. 1273, comma 4, c.c., che risulta applicabile anche ad ipotesi diverse dall'accollo volontario<sup>216</sup>.

Dunque, la sentenza che determini la caducazione del contratto di cessione avrebbe natura liberatoria per il cessionario con riguardo a quei debiti già esistenti al momento della circolazione di progresso dell'azienda, (ri)trasformando l'obbligazione da solidale in semplice<sup>217</sup>. Ragionando diversamente, nel senso di affermare la persistenza del vincolo solidale tra cedente e cessionario, si opererebbe un'ultrattività degli effetti discendenti dalla cessione d'azienda, a fronte di una sentenza che, al contrario, ha determinato la caducazione del contratto e fatto ritornare l'azienda nelle mani dell'originario titolare. Né tale soluzione sarebbe giustificata nell'ottica di proteggere il terzo creditore, atteso che: (i) la prestazione di cui egli ha diritto sarà più agevolmente adempiuta da colui a cui ritorna il complesso produttivo; (ii) al momento dell'assunzione del credito egli non aveva riposto alcun tipo di affidamento sul patrimonio del cessionario, ma solo su quello del cedente; (iii) al contrario, quando il debito è in natura, è normale che sia estinto dal soggetto che ha – in concreto – la gestione dell'azienda.

Sempre con riferimento ai debiti originariamente assunti dal cedente, potrebbe accadere che *medio tempore* essi siano stati pagati dal cessionario, così che la restituzione dell'azienda finirebbe per agevolare il cedente stesso a cui ritorna un complesso produttivo dal valore maggiore rispetto a quello originariamente alienato.

---

<sup>216</sup> Lo sottolinea, tra gli altri, B. GRASSO, *Delegazione, espromissione e accollo*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER e F.D. BUSNELLI, Milano, 2011, p. 119 s., per cui l'accollante può opporre “le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta, potendo certamente invocare tutti i rimedi (sia genetici, sia funzionali) che incidono sulla persistenza della fattispecie che ha provocato l'accollo legale medesimo”. Ancora, p. 105, per cui tali eccezioni devono consistere “in quelle che decretano il mancato ingresso nella posizione passiva del debito originario (vale a dire la nullità del negozio di assunzione) ed in quelle che si fondano sulla caduta di tale subingresso (per annullamento, rescissione o risoluzione del negozio in cui l'accollo ha inserito come clausola o modalità”. Cfr. anche G. MARCHETTI, *Trasferimento d'azienda e accollo ex lege del cessionario*, cit., p. 177 s., per cui “è riconosciuta al cessionario la facoltà di opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto di cessione, che costituisce la fonte della sua responsabilità”, ed ivi altri riferimenti.

<sup>217</sup> G.E. COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, cit., p. 223; C. CACCAVALE, *L'accollo ex lege dei debiti relativi all'azienda*, cit., p. 529 s., per cui a questa fattispecie si applica l'art. 1276 c.c., così che “se l'obbligazione assunta dal cessionario venga a risultare insussistente – ciò potendo dipendere sia dalla nullità o annullamento della cessione, sia [...] dalla risoluzione di questa o dalla sua rescissione o revocazione – rivive l'obbligazione del cedente”.

Si pone il problema di coordinare l'adempimento dell'accollante (cessionario) con la caducazione del contratto con cui lo stesso acollo era sorto. A ben vedere, occorre considerare diversamente le ipotesi della nullità (da un lato) e dell'annullamento e della risoluzione (dall'altro).

Si consideri dapprima questo secondo caso, che sembra di più agevole soluzione.

Fino al momento della pronuncia costitutiva di annullamento o di risoluzione, il cessionario rimane corresponsabile per i debiti aziendali, in virtù del disposto dell'art. 2560 c.c.; pertanto, il suo eventuale pagamento sarà da reputarsi legittimo, con la conseguente estinzione dell'obbligazione gravante su entrambe le parti legate dall'acollo. Ciò lascia aperti i problemi dell'eventuale regolazione dei rapporti tra cedente e cessionario, quando l'azienda viene restituita al primo e viene caducato – unitamente al contratto – anche l'acollo *ex lege*: in questa situazione, salve specifiche pattuizioni tra le parti, non sembra vi siano dubbi sul fatto che il cedente – il quale si trova a ricevere un'azienda con una minore esposizione debitoria – sia tenuto ad indennizzare il cessionario per i debiti da questi pagati. Si tratta di un problema riconducibile – seppur indirettamente – ad un miglioramento, per cui non vi è ragione di discostarsi da quanto già affermato circa la necessità che il cedente indennizzi il cessionario *ex art. 2561, comma 4, c.c.*, considerando tali voci all'interno delle poste dare/avere prese in considerazione da tale norma<sup>218</sup>.

È più problematica l'ipotesi della nullità del contratto di cessione d'azienda, di fronte alla quale anche l'acollo *ex lege* tra cedente e cessionario perde efficacia *ab origine*. Apparentemente, sembra che si possa distinguere le ipotesi in cui il cessionario sia consapevole o ignaro dell'adempimento di un debito altrui<sup>219</sup>.

Quando il cessionario è nella consapevolezza di essere un soggetto estraneo rispetto al rapporto obbligatorio<sup>220</sup> – giacchè, per esempio, a conoscenza del motivo di nullità del contratto – la soluzione potrebbe rifarsi all'istituto dell'adempimento del terzo e alla successiva surrogazione legale *ex art. 1203 c.c.* dello stesso *solvens* verso

---

<sup>218</sup> Il discorso circa l'inserimento delle voci debitorie nell'inventario di cui all'art. 2561 c.c. è esattamente speculare a quello condotto *supra* con riferimento ai crediti.

<sup>219</sup> Tale distinzione relativa alla consapevolezza si rinviene anche in F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 2021, p. 337.

<sup>220</sup> La giurisprudenza ritiene che si possa riconoscere la qualifica di terzo *ex art. 1180 c.c.* solamente al soggetto che è consapevole di eseguire la prestazione per estinguere un debito non proprio, ma altrui: cfr. Cass. 10.03.1995, n. 2814.

il cedente che ha beneficiato dell'adempimento prestato da un soggetto terzo. Così, l'adempimento del terzo realizzerebbe l'interesse del creditore al conseguimento della prestazione dovuta<sup>221</sup>, tramite – per l'appunto – il pagamento che proviene da un soggetto estraneo al rapporto (nel nostro caso: il cessionario), ma non estinguerebbe l'obbligazione del debitore, che rimarrebbe in vita subendo una modificazione soggettiva nel lato attivo del rapporto obbligatorio: dall'originario creditore aziendale al cessionario (terzo adempiente).

A diverse considerazioni può portare il caso in cui il cessionario non sia consapevole di adempiere ad un debito altrui, giacchè convinto di pagare un debito per il quale sussisteva l'accollo *ex lege* ai sensi dell'art. 2560 c.c., poi rivelatosi invalido a seguito della dichiarazione di nullità. La fattispecie sembra doversi ricondurre alla disciplina della ripetizione dell'indebito soggettivo *ex art.* 2036 c.c., affermando che lo stesso cessionario abbia pagato sulla base di un "errore scusabile"<sup>222</sup>, e dunque possa ripetere quando pagato all'*accipiens*, cioè il creditore aziendale.

Si tratta, tuttavia, di una soluzione che andrebbe evitata, per due sostanziali motivi:

(i) da un lato tale disciplina sarebbe soggetta ad una parziale disapplicazione laddove fa riferimento allo stato soggettivo di buona o malafede dell'*accipiens*, poiché sembra difficile ipotizzare la malafede in capo al creditore aziendale, che è estraneo alle vicende relative al contratto di cessione e alla sua caducazione;

(ii) dall'altro, pone un evidente freno alla tutela dei terzi creditori (soggetti che, lo si ricorda, subiscono le vicende circolatorie dell'azienda), che vedrebbero frustrato il loro affidamento rispetto al pagamento del debito aziendale qualora esso fosse soggetto all'azione di ripetizione dell'indebito. Ciò, a maggior ragione, all'interno di un sistema economico improntato alla speditezza e alla stabilità dei traffici giuridici.

Per limitare l'applicazione dell'indebito soggettivo, e ricondurre le due ipotesi relative alla conoscenza o meno dell'assunzione del debito altrui a considerazioni unitarie, potrà essere valorizzata l'applicazione della regola, già più volte richiamata, relativa all'art. 2032 c.c.

---

<sup>221</sup> E ciò avviene, a maggior ragione, quando il creditore era in attesa di ricevere una prestazione che poteva essere soddisfatta solo tramite la gestione dell'azienda (es. la consegna di merci prodotte).

<sup>222</sup> Si veda E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 418 ss.

D'altronde, se il cedente ratifica l'operato *medio tempore* svolto dal cessionario, in esso può ricomprendersi anche il pagamento effettuato riguardo agli eventuali debiti aziendali esistenti.

Ne nascerebbe l'inserimento di tale voce nel più ampio calcolo del conguaglio dovuto dalle parti al momento della restituzione d'azienda *ex art. 2561, comma 4, c.c.*<sup>223</sup>.

#### *14.4. I nuovi debiti assunti dal cessionario*

Un discorso diverso deve essere svolto con riferimento ai nuovi debiti assunti dal cessionario che ha gestito, *medio tempore*, l'azienda: in questo caso, la ratifica dell'operato altrui *ex art. 2032 c.c.* dovrebbe condurre all'applicazione analogica dell'art. 2560 c.c., e dunque all'esito di sancire la nascita di un accollo "inverso" tra il cedente a cui torna l'azienda a seguito della caducazione contrattuale (accollante) e il cessionario che aveva contratto il debito (accollato), in favore del terzo creditore (accollatario), allorquando tale debito sia rinvenibile nei libri contabili obbligatori.

Questa soluzione pone, con tutta evidenza, una serie di interessi in conflitto: (a) da un lato quello del terzo creditore di vedere soddisfatta la propria pretesa da colui che concretamente ha in gestione l'azienda (e cioè il cedente a cui ritorna il complesso produttivo); (b) dall'altro quello del cedente medesimo, il quale vuole evitare di trovarsi a dover rispondere di obbligazioni contratte da un altro soggetto, di cui potrebbe non avere contezza (giacchè, una volta verificatasi la vendita dell'azienda, si può immaginare che il cedente si disinteressi delle modalità con cui il cessionario esercita la propria attività imprenditoriale, e dunque l'assunzione di nuovi debiti); (c) infine, quello del cessionario, per il quale la nascita di un accollo per i debiti da lui contratti rappresenterebbe, al più, un vantaggio.

Dal precetto dell'art. 2560 c.c. e da una lettura sistematica delle norme si desume l'ovvio principio per cui l'alienante non è responsabile per i debiti assunti

---

<sup>223</sup> Sul punto, ancorchè dubbioso circa la soluzione del richiamo alle norme sulla gestione di affari altrui, F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 338 s., per il quale comunque "in questo quadro, povero di soluzioni, resta ferma l'azione di arricchimento senza giusta causa. È indubbio, nella larga interpretazione che si tende a dare della norma, che il debitore consegua, per effetto dell'intervento del terzo, un ingiustificato vantaggio economico".

nell'interesse dell'azienda sorti posteriormente rispetto al trasferimento, poiché gli stessi afferiscono alla gestione del cessionario<sup>224</sup>; sicché si potrebbe essere portati, a prima vista, ad escludere il coinvolgimento del cedente a cui è restituita l'azienda.

Nel primo capitolo si è detto tuttavia che la funzione di questa norma deve essere guardata con particolare riferimento all'interesse del terzo che attende una prestazione da parte di colui che, in concreto, ha in gestione l'azienda. In questo caso, è allora evidente che la pronuncia di invalidità o di risoluzione del contratto andrebbe totalmente a sconfessare questo principio nell'ipotesi in cui il cedente che torna in possesso dell'azienda a seguito della caducazione contrattuale non fosse vincolato – unitamente al cessionario – nei confronti del terzo creditore.

Seppur certamente non possa dirsi che il debito si trasferisca dall'acquirente all'alienante, sembra che la primaria esigenza a cui si ispira la regola di cui all'art. 2560 c.c. – e cioè la tutela del terzo nel momento in cui si verifica una sostituzione imprenditoriale – permanga anche nell'ipotesi della retrocessione. Il contemperamento degli interessi suggerisce allora l'applicazione analogica dell'articolo 2560 c.c. anche in questo caso, per consentire la tutela dell'affidamento del terzo di fronte ad una ipotesi in cui si determina il (ri)trasferimento dell'azienda all'alienante per cause che non attengono minimamente alla sua sfera di influenza<sup>225</sup>.

La considerazione da svolgere, anche in questo caso, riguarda proprio la domanda di restituzione dell'azienda svolta dal cedente, che giustificherebbe l'applicazione inversa dell'art. 2560 c.c.: se il cedente accetta l'idea che torni in capo lui l'azienda condotta *medio tempore* dal cessionario, egli sarà altrettanto consapevole della possibilità di doversi far carico delle obbligazioni da quest'ultimo contratte proprio nell'interesse dell'azienda.

Si tratta, ancora una volta, di una sorta di ratifica dell'operato gestorio condotto dal cessionario, a cui farà tuttavia seguito non già il trasferimento del debito dal cessionario (gestore) al cedente (interessato), ma la nascita di un accollo *ex lege* inverso, con le conseguenze applicative che si sono delineate nel primo capitolo.

E dunque:

---

<sup>224</sup> F. FIMMANÒ, *La sorte dei debiti e dei contratti nella circolazione inversa dell'azienda*, cit., p. 115.

<sup>225</sup> Non può tuttavia tacersi come tale soluzione si scontri con la pretesa eccezionalità che caratterizza la responsabilità prevista dall'art. 2560, comma 2, c.c.: in questi termini M. MARTINO, *Risoluzione del contratto e retrocessione dell'azienda ceduta*, cit., p. 744.



- (i) nascerà una corresponsabilità tra cessionario e cedente relativamente ai nuovi debiti che risultano dai libri contabili obbligatori (*ex art. 2560, comma 2, c.c.*);
- (ii) i terzi creditori potranno liberare il cessionario (*ex art. 2560, comma 1, c.c.*);
- (iii) in ogni caso, il cedente (accollante) potrà opporre al terzo creditore tutte le eccezioni che sono normalmente opponibili nell'accollo<sup>226</sup>.

Questa soluzione, con tutta evidenza, comporta l'inevitabile incisione dei diritti del cedente a cui ritorna il bene aziendale, che potrebbero essere tuttavia compensati – ancora una volta – dall'operare dell'art. 2561, comma 4, c.c.<sup>227</sup>, per far sì che le nuove passività di cui il cedente potrebbe essere chiamato a rispondere concorrano (al pari dei deterioramenti dell'azienda)<sup>228</sup> a rappresentare quelle voci negative che incidono per diminuire il valore dell'obbligazione restitutoria dovuta dal cedente stesso.

#### *15. Restituzione dell'azienda e rapporti di lavoro.*

Un cenno a parte merita l'applicazione inversa dell'art. 2112 c.c. dettato in materia di mantenimento dei diritti dei lavoratori; come detto con riferimento alla circolazione di progresso, la norma pone sostanzialmente un duplice obbligo in capo alle parti, prevedendo la continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario (e conservando tutti i diritti che derivavano dallo stesso contratto) e la nascita di un'obbligazione solidale tra cedente e cessionario per i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento.

Occorre quindi domandarsi se la norma possa applicarsi anche nel caso di circolazione di regresso.

La soluzione al problema, invero, sembra agevolata dal fatto che l'art. 2112 c.c. fornisce la nozione di "trasferimento d'azienda" a cui consegue l'applicazione della disciplina speciale dettata dallo stesso articolo.

---

<sup>226</sup> Si richiama quanto affermato *supra*, Cap. I, § 12.

<sup>227</sup> Ancora O. CIPOLLA, *Cessione, affitto, restituzione d'azienda: brevi note sulla sorte di debiti e contratti*, cit., p. 84, il quale tuttavia argomenta sulla base di una pretesa "unità giuridica dell'azienda" che comporterebbe, a detta dell'A., il trasferimento dei debiti a colui al quale l'azienda stessa retrocede. F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 315.

<sup>228</sup> Cfr. *supra*, § 6.

Nel primo capitolo si è già dato atto del fatto che tale nozione sia stata resa volutamente ampia dal legislatore, al fine di tutelare l'interesse dei lavoratori coinvolti nel ciclo produttivo aziendale<sup>229</sup>. E la dottrina, confermando che il concetto di "trasferimento" rimanda a quello di successione (sia essa a titolo particolare o universale<sup>230</sup>), argomenta nel senso di intendere il termine come una vicenda "che ingloba in sé i due distinti momenti della perdita del diritto da parte di un soggetto e il subingresso di un altro nella di lui posizione giuridica"<sup>231</sup>; da qui, deduce che la norma non va applicata solo nel caso in cui la trasmissione del complesso aziendale sia frutto di un atto di disposizione del suo titolare (e quindi un trasferimento volontario), ma anche quando essa prescinde del tutto dalla volontà del precedente titolare (o addirittura contro la sua volontà, come può avvenire nell'ipotesi di un trasferimento coattivo)<sup>232</sup>.

In altre parole, si evitano opzioni di natura dogmatica che differenziano il trasferimento d'azienda sulla base della sua riconducibilità o meno all'elemento volontaristico delle parti, per ricomprendere all'interno delle vicende traslative tutelate dall'art. 2112 c.c. anche quelle che discendono da un provvedimento giurisdizionale<sup>233</sup>.

Se questa è la linea interpretativa, non sembra vi siano sostanziali ragioni per negare l'applicazione inversa dell'art. 2112 quando si verifica la circolazione (*rectius*,

---

<sup>229</sup> D'altronde tale nozione deriva direttamente dalla direttiva europea, nelle quali la disciplina veniva prevista "as a result of legal transfer or a merger".

<sup>230</sup> Qualifica espressamente come un trasferimento d'azienda il mutamento della persona titolare avvenuto per effetto di una successione ereditaria Cass. 29.08.2005, n. 17418, in *Foro it.*, 2006, c. 128 ss.; Cass. 22.12.2005, n. 28381.

<sup>231</sup> Così, R. ROMEL, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, cit., p. 6.

<sup>232</sup> Sulla non tassatività delle ipotesi contemplate dall'art. 2112, comma 5, c.c. si veda anche M. NOVELLA, *Il trasferimento di ramo d'azienda: la fattispecie*, in M. AIMO, D. IZZI (cur.), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, cit., p. 266.

<sup>233</sup> Cfr. A. FONTANA, *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1970, p. 292 ss. In giurisprudenza, cfr. Trib. Taranto, 13.08.2015, n. 5522, in cui è stato affermato che non osta alla configurabilità del trasferimento d'azienda il fatto che la circostanza per cui un'azienda, affidata in gestione ad un soggetto, sia stata rimessa poi nella titolarità del proprietario a seguito di un provvedimento giudiziale di sequestro e poi ceduta ad un terzo soggetto qualora, in ogni caso, il complesso aziendale abbia mantenuto intatta nei vari passaggi la propria identità oggettiva. Sul punto non vi è comunque unità di vedute: cfr. sempre Trib. Taranto, 06.07.2015, n. 21490, entrambe in *Giur. it.*, 2016, p. 2462 ss., con nota di C. CARCHIO, *Persistenti dubbi interpretativi sulle nozioni di trasferimento e di azienda ex art. 2112 c.c.*, cit.

Anche la Cassazione si esprime in questo senso: *ex multis*, Cass. 13.04.2011, n. 8460; Cass. 15.10.2010, n. 21278, che affronta il caso di un trasferimento derivante da un atto autoritativo della pubblica amministrazione; Cass. 22.10.2007, n. 22067.

in questo caso: il trasferimento) di regresso a seguito della pronuncia di caducazione dell'originario negozio di alienazione.

A ben vedere, la soluzione – qui dettata dalla fondamentale esigenza di tutelare l'interesse dei lavoratori – pare comunque in linea con quanto affermato già in precedenza con riferimento agli artt. 2558 e 2560 c.c., nell'ottica di spiegare il fenomeno della retrocessione di azienda partendo proprio dalla disciplina prevista dal Codice civile.

Quando il lavoratore era già stato assunto dal cedente a cui ritorna l'azienda a seguito della caducazione del contratto, la soluzione sembra analoga a quanto già detto con riguardo all'art. 2558 c.c.: e sia che si voglia argomentare interpretando estensivamente la nozione di “trasferimento” di cui all'art. 2112 c.c., sia che si voglia argomentare sulla base dell'inefficacia (originaria o sopravvenuta), il risultato non cambia: il lavoratore mantiene il rapporto di lavoro – e con esso tutti i diritti che ne derivano – che aveva originariamente stipulato con il cedente.

La giurisprudenza, sul punto, offre indicazioni chiare; e sono numerosi i casi che generano contenzioso.

L'ipotesi classica è quella per cui, dichiarata l'invalidità della cessione dell'azienda (o di un suo ramo), il lavoratore torni ad offrire la propria prestazione lavorativa al cedente da cui era stato originariamente assunto e questo rifiuti di reintegrarlo nel posto di lavoro.

Al di là di specifici aspetti – che esulano dalla presente indagine – circa la detraibilità dell'*aliunde perceptum* dal risarcimento dovuto dal cedente per la mancata reintegrazione del lavoratore<sup>234</sup>, i casi sottoposti all'attenzione dei giudici affermano che il lavoratore ceduto ha diritto ad intimare all'originario datore di lavoro (cioè: l'imprenditore cedente) di ricevere la prestazione con modalità analoghe a quelle che,

---

<sup>234</sup> La giurisprudenza più recente ritiene che in caso di accertata illegittimità della cessione di ramo d'azienda, le retribuzioni corrisposte dal cessionario, che abbia utilizzato la prestazione del lavoratore successivamente alla messa a disposizione di questi delle energie lavorative in favore dell'alienante “non producono un effetto estintivo, in tutto o in parte, dell'obbligazione retributiva gravante sul cedente che rifiuti, senza giustificazione, la controprestazione lavorativa, in quanto l'invalidità della cessione determina l'istaurazione di un diverso ed autonomo rapporto di lavoro, in via di mero fatto, con il cessionario”: così, *ex multis*, App. Milano, 02.09.2021, n. 772; Trib. Roma, 19.01.2021, n. 373; Cass. 18.05.2020, n. 9093; Cass. 14.05.2020, n. 8951.

dal punto di vista generale, sono atte a costituire in mora un creditore, di modo che, da tale momento, sorga il diritto del lavoratore al pagamento della retribuzione<sup>235</sup>.

Ciò in quanto a fronte di un trasferimento d'azienda invalido il rapporto instaurato con il cessionario viene giudicato come assunto in via di mero fatto, mentre l'unico *de iure* sarebbe quello nei confronti con l'originario cedente, che resta obbligato come se il rapporto di lavoro non avesse subito alcuna cesura<sup>236</sup>.

Questi casi permettono di confermare la validità di quanto affermato in precedenza con riferimento ai rapporti tra caducazione della cessione d'azienda e validità dei rapporti pendenti.

Invero, non dovrebbe essere diversa l'ipotesi che si verifica quando si tratta di nuovi lavoratori assunti *medio tempore* dal cessionario: in questo caso la fondamentale esigenza di tutelare il rapporto di lavoro dovrebbe far propendere per un'applicazione del primo comma dell'art. 2112 c.c. anche nella retrocessione d'azienda, di modo che il lavoratore possa mantenere il proprio posto di lavoro nonostante l'avvicendamento imprenditoriale "di ritorno"; e parimenti (anzi, *a fortiori*, considerata la più intensa tutela accordata ai crediti lavorativi), dovrebbe ammettersi l'insorgenza di un'obbligazione solidale tra cessionario e cedente per tutti i crediti che il lavoratore vantava al momento della retrocessione dell'azienda<sup>237</sup>.

Alla base si pone sempre la stessa considerazione, cioè che la domanda volta alla restituzione dell'azienda dovrebbe portare all'applicazione inversa delle norme che

---

<sup>235</sup> Cfr. Cass. 21.10.2019, n. 26762.

<sup>236</sup> Ancora, Cass. 24.06.2020, n. 12442, per cui "pure a fronte di una duplicità di rapporti (uno, *de iure*, ripristinato nei confronti dell'originario datore di lavoro, tenuto alla corresponsione delle retribuzioni maturate dalla costituzione in mora del lavoratore; l'altro, di fatto, nei confronti del soggetto, già cessionario, effettivo utilizzatore), la prestazione lavorativa solo apparentemente resta unica: giacchè, accanto ad una prestazione materialmente resa in favore del soggetto con il quale il lavoratore, illegittimamente trasferito con la cessione di ramo d'azienda, abbia instaurato un rapporto di lavoro di fatto, ve n'è un'altra giuridicamente resa, non meno rilevante sul piano del diritto, in favore dell'originario datore, con il quale il rapporto di lavoro è stato *de iure* (anche se non *de facto*, per rifiuto ingiustificato del predetto) ripristinato". Cfr. altresì Cass. 07.08.2019, n. 21158; App. Milano, 09.11.2021, n. 1380.

<sup>237</sup> Si tenga presente, peraltro, che la tutela del lavoratore è così intensa in questa materia che la giurisprudenza giunge ad affermare che in caso di nullità della cessione di un'azienda al lavoratore passato alle dipendenze del cessionario e da questi retribuito per l'attività *medio tempore* svolta a favore del cessionario stesso (che tuttavia non era legittimato a pretendere la prestazione, in virtù della nullità del contratto di cessione d'azienda), spetta comunque al lavoratore il diritto a percepire dall'alienante la normale retribuzione, senza che questi possa opporre l'esistenza di un *aliunde perceptum* tale da diminuire la prestazione dovuta; e ciò a prescindere dalle vicende lavorative di fatto che hanno interessato il lavoratore e il cessionario: cfr. da ultimo Cass. 09.12.2021, n. 39148.

disciplinano il trasferimento, qui peraltro maggiormente giustificate dalla posizione di tutela che viene accordata ai lavoratori.

#### 16. Il divieto di concorrenza del cessionario dopo la restituzione dell'azienda.

Un'ultima considerazione può essere riservata all'applicazione analogica (e inversa) dell'art. 2557 c.c. nell'ipotesi di caducazione del contratto di cessione d'azienda, come effetto gravante *ex lege* sul cessionario in conseguenza alla retrocessione dell'azienda al cedente.

La giurisprudenza è stabilmente orientata nell'affermare che l'art. 2557 c.c. non rappresenta una norma eccezionale<sup>238</sup>, ed è pertanto suscettibile di interpretazione analogica ogni volta che si realizza “la sostituzione di un soggetto ad un altro nella gestione dell'azienda”<sup>239</sup>; così, per esempio, si afferma che il divieto di concorrenza graverebbe anche sull'usufruttuario o sull'affittuario al termine del contratto<sup>240</sup>. Talvolta tuttavia, viene introdotta quella stessa *distinctio* che viene posta alla base della retrocessione nei contratti, sancendo che il divieto di concorrenza si potrebbe applicare a ritroso solo laddove riconducibile ad eventi afferenti alla volontà delle parti (tra cui si annovera anche la scadenza fisiologica del contratto), mentre non graverebbe sul

---

<sup>238</sup> Sul punto, è opportuno segnalare che la giurisprudenza applica analogicamente il divieto di concorrenza anche all'ipotesi di cessione di partecipazioni sociali: cfr., *ex multis*, Cass. 23.09.2011, n. 19430; Cass. 20.07.2000, n. 9682; Cass. 20.01.1997, n. 549, in *Foro it.*, 1997, c. 1498 ss.; Cass. 16.02.1998, n. 1643, in *Giur. it.*, 1998, p. 1181 ss.; Trib. Verona, 03.06.2011, n. 3817, in *Società*, 2012, p. 505 ss. con nota di F. FUNARI, *L'applicazione analogica del divieto di concorrenza alle cessioni di partecipazioni sociali*. In dottrina, tra i molti, G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 178 ss., per il quale è opportuno procedere ad un'interpretazione analogica della norma nei casi in cui “pur non avendosi un vero e proprio trasferimento d'azienda, per la realizzazione degli effetti economici del negozio sia normalmente necessario [...] che una delle parti – essendo idonea allo svolgimento di una concorrenza ‘differenziale’ – si astenga dal fare concorrenza all'altra”. Per T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 79, l'eccezionalità della norma invece deriverebbe dal fatto che questo tipo di tutela “è in via generale esclusa nel nostro sistema”, il quale si fonda invece sulla generale libertà di esercizio di una attività.

<sup>239</sup> Cfr. Trib. Torino, 14.07.2006, cit.

<sup>240</sup> Trib. Milano, 21.02.2011, per cui “il fatto che l'affittuario dell'azienda, dopo la cessazione del rapporto di affitto, intraprenda una attività in diretta concorrenza con quella dell'azienda precedentemente gestita configura una violazione del divieto di concorrenza di cui all'art. 2557 c.c., che è applicabile non solo nei casi di trasferimento di azienda ma in tutti i casi in cui si ha la sostituzione di un imprenditore ad un altro nell'esercizio dell'impresa, e quindi anche in favore del proprietario che sia ritornato in possesso del compendio azienda”.

conduttore o usufruttuario quando la retrocessione dell'azienda sia la conseguenza imposta dalla risoluzione del contratto per inadempimento<sup>241</sup>.

A questo punto, ci si può domandare se il divieto di concorrenza sancito dall'art. 2557 c.c. possa gravare sul cessionario dell'azienda successivamente alla pronuncia di nullità o di risoluzione contrattuale che impone la restituzione dello stesso compendio produttivo al cedente.

Se si riconduce – come si è fatto nel primo capitolo<sup>242</sup> – tale divieto alla fondamentale esigenza di realizzare l'avvicendamento nell'impresa, la distinzione operata dalla giurisprudenza sulla base del fattore (volontaristico o meno) che conduce alla retrocessione dell'azienda non pare persuadere; d'altro canto, imporre tale obbligo per un lungo lasso di tempo (5 anni) dopo la pronuncia che sancisce la nullità o la risoluzione del contratto con cui l'azienda era circolata originariamente, significherebbe gravare il cessionario di conseguenze legali ben oltre gli effetti a cui sarebbe tenuto in base alle ordinarie regole restitutorie.

Non può non considerarsi che la scelta di agire per far dichiarare la nullità o la risoluzione del contratto sia una precisa indicazione circa la volontà delle parti di rimuovere quel programma economico originariamente assunto e mentre nell'approcciarsi agli effetti restitutori dell'azienda con riferimento ai rapporti pendenti si è dovuto prendere necessariamente in considerazione l'interesse di terzi entrati in contatto – *medio tempore* – con il cessionario, non sembra che in questo caso vi siano esigenze particolari da tutelare, oltre quello delle parti<sup>243</sup>.

L'estensione del divieto di concorrenza ad un soggetto (il cessionario) che non è responsabile della risoluzione del contratto, ovvero che ha senza sua colpa ignorato l'esistenza di una causa di invalidità dell'atto di cessione, sembra avere una portata quasi sanzionatoria, finendo per incidere sull'iniziativa economica di un soggetto che ha “subìto” la caducazione del contratto e la conseguente restituzione dell'azienda al cedente.

---

<sup>241</sup> Cfr. Cass. 20.12.1991, n. 13762; App. Milano, 05.04.2006, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 800 ss. con nota di M. RICOLFI, *Patti di non concorrenza e circolazione dell'azienda*.

<sup>242</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, § 8.

<sup>243</sup> Lo conferma G.U. TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., p. 35, secondo cui “non può [...] ritenersi che il divieto di concorrenza *ex art. 2557*, 1° comma sia diretto a tutela di terzi, che potrebbero trarre vantaggio dalla concorrenza dell'alienante; né si può invocare un interesse generale alla conservazione dell'avviamento delle aziende trasferite”.

Ciononostante, se la ragione primaria che vuole tutelare la norma è quella di impedire comportamenti distrattivi che finiscono per danneggiare l'attitudine produttiva dell'azienda, ragioni di coerenza dovrebbero imporre l'applicazione analogica della norma per obbligare *ex lege* il cessionario ad evitare tali comportamenti, poiché anche la restituzione dell'azienda configura una sostituzione imprenditoriale (di ritorno) per la quale sussiste – se non, addirittura – amplificato dall'animosità dei contraenti/contendenti – il rischio che una parte compia atti idonei a captare la clientela dell'azienda<sup>244</sup>.

Così, l'imposizione del divieto di concorrenza sul cessionario ha la funzione di completare la restituzione dell'azienda, fornendo – al pari del momento originario in cui essa era circolata – una tutela destinata ad assicurare la continuità dell'attività di impresa, ed impedire che la restituzione si configuri come un rimedio potenzialmente sterile, che rischia di essere messa a repentaglio dal successivo comportamento distrattivo da parte di colui che è obbligato alla restituzione.

A tal proposito, con riferimento all'ambito di applicazione del divieto di concorrenza può richiamarsi quanto detto nel primo capitolo<sup>245</sup>.

Si consideri peraltro che, ragionando diversamente, si rischierebbe invece di incentivare fenomeni volti all'inadempimento del contratto da parte del cessionario: se questi fosse slegato da vicoli di non concorrenza al termine della cessione, potrebbe essere spinto a non pagare il prezzo stabilito per la compravendita, potendo egli aprire un'altra azienda verso cui convogliare – tramite le relazioni e il *know-how* assunti *medio tempore* – la clientela che sarebbe distratta da quell'azienda che, per l'effetto della risoluzione, tornerebbe al cedente.

Al più, sembra ragionevole formulare modulazioni dell'obbligo di non concorrenza gravante sul cessionario in funzione della (concreta) durata della gestione dell'azienda da parte di quest'ultimo: e infatti sarà più difficile ipotizzare una sua vera e propria concorrenza distrattiva – anche solo in potenza – quando egli abbia gestito il

---

<sup>244</sup> Sembra accogliere la tesi qui proposta G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 213, il quale addotta un'interpretazione ampia del divieto di concorrenza di cui all'art. 2557 c.c., che a suo dire dovrebbe “applicarsi ad ogni altro caso di restituzione dell'azienda da colui che – a qualunque titolo – se ne è servito per l'esercizio dell'impresa, al proprietario: così nell'ipotesi di restituzione dal possessore al proprietario rivendicante, o dall'acquirente sotto condizione risolutiva all'alienante, essendosi verificata la condizione”.

<sup>245</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, § 8.

complesso produttivo per un tempo insufficiente a creare quella rete e quelle dinamiche relazionali che costituiscono il presupposto per poi esercitare un'illecita attività di sviamento delle relazioni; viceversa, il pericolo potrebbe aumentare quando il cessionario abbia condotto l'azienda per molto tempo, intensificando le citate relazioni con i fornitori, i finanziatori, i clienti ecc., e la pronuncia di caducazione del contratto avvenga solamente a distanza di tempo rispetto al momento in cui l'azienda era stata alienata.

Per altro verso, parte della dottrina – in tema di rivendicazione dell'azienda – richiama un modello diverso, fondato sul fatto che la gestione dell'azienda sia avvenuta in buona o mala fede da parte del possessore illegittimo, giustificando l'estensione del divieto di concorrenza solo nel caso in cui “l'occupazione del contesto imprenditoriale da parte [del cessionario] risulti avvenuta nella consapevolezza o nell'ignoranza colpevole dell'illegittimità del suo possesso”<sup>246</sup>.

Ma, come detto, costruzioni fondate sullo stato soggettivo delle parti con riferimento alla caducazione del contratto non sembrano soddisfare totalmente; pertanto, sembra che il divieto di concorrenza si possa applicare a ritroso a prescindere sia dal soggetto che ha promosso l'azione di caducazione del contratto in giudizio, sia con riferimento all'eventuale buona (o mala) fede del cessionario possessore, giacchè tale divieto rappresenta la conseguenza di un effetto naturale del (ri)trasferimento al cedente.

Si consideri, peraltro, che anche a voler negare il ricorso all'analogia per l'art. 2557 c.c., comportamenti distrattivi posti in essere dal cessionario sarebbero comunque sanzionabili ai sensi dell'art. 2598, n. 3), c.c., per cui si vietano, quali atti di concorrenza sleale, quei comportamenti diretti o indiretti, non conformi ai principi della correttezza professionale, che sono idonei a danneggiare l'azienda altrui<sup>247</sup>.

---

<sup>246</sup> In tal senso, M. CIAN, *Dell'azienda*, cit., p. 98, che specifica che in questo modo si impedisce al cessionario di trarre beneficio dall'acquisita notorietà assunta servendosi dell'azienda altrui; al contrario, secondo l'A., la buona fede dovrebbe consentire al cessionario di avviare senza problemi una nuova impresa, anche giovandosi delle relazioni commerciali nel frattempo assunte attraverso la conduzione dell'azienda di un altro soggetto.

<sup>247</sup> Nonostante le due azioni abbiano natura diversa – contrattuale quella *ex art. 2557 c.c.* ed extracontrattuale quella *ex art. 2598 c.c.* (cfr. Trib. Torino, 12.12.2008), la giurisprudenza talora intravede similitudini cfr. Trib. Roma, 07.04.2006. Nell'ottica di tracciare una linea che potrebbe portare verso la sovrapposizione delle due norme, la giurisprudenza considera illecito l'avvantaggiarsi degli altrui segreti aziendali, o comunque lo sfruttamento di tutte le informazioni utili sull'organizzazione dell'azienda concorrente in modo da poterne soppiantare l'impianto: cfr. App. Bologna, 11.12.1976; App. Milano, 14.12.1982. In dottrina, G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, in *Il Codice civile*.



Si tratta certamente di un rimedio concorrente, ma che non sembra destinato ad avere lo stesso ambito di applicazione dell'art. 2557 c.c., il quale è volto a limitare la libertà economica di un soggetto (in specie: il cessionario) in funzione del rapporto privilegiato che quest'ultimo ha avuto con l'azienda poi tornata al cedente, e non nell'ottica più generale di proteggere il mercato<sup>248</sup>.

---

*Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1994, p. 338. Al contrario, con riferimento allo storno dei dipendenti, la giurisprudenza interpreta restrittivamente la norma, giudicando tale comportamento illecito quando ciò non ha come obiettivo quello di provvedere alle proprie esigenze di produzione, ma piuttosto quello di diminuire l'efficienza della zia d'altrui: cfr. Cass. 23.05.2008, n. 13426. Cass., 03.08.1987 n. 6682; App. Milano, 20.09.1963; Trib. Milano, 12.05.1980. In senso analogo, Cass. 30.10.2009, n. 23045, secondo cui è proprio l'*animus nocendi*, cioè lo scopo di diminuire l'efficienza del concorrente, l'elemento che consente di ravvisare la contrarietà ai principi della correttezza professionale.

<sup>248</sup> Quanto all'oggetto della tutela dell'art. 2598 c.c., la maggior parte della dottrina riconosce alla norma la funzione di tutelare il diritto al corretto svolgimento dell'attività economica, ampliando la sfera degli interessi protetti per farci ricadere anche l'interesse dell'economia in generale e gli interessi diffusi dei consumatori, i quali vedrebbero pregiudicate le loro possibilità di scelta di beni e servizi in funzione dell'alterazione dell'assetto concorrenziale del mercato: sul punto, diffusamente, C. SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975, p. 2 ss.; M. LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, Napoli, 2016, p. 66 ss.; cfr. anche G.G. AULETTA, V. MANGINI, *Commento sub art. 2598 c.c.*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1987, p. 202 ss.

## CAPITOLO IV

### LA MANCATA DOMANDA DI RETROCESSIONE DELL'AZIENDA: APPUNTI PER UN'ULTERIORE RIFLESSIONE

**SOMMARIO:** 1. 1. La mancata domanda di restituzione da parte del cedente. Il problema. – 2. La liberazione da parte del cessionario del compendio produttivo. Il sequestro giudiziario. – 3. La mora del (cedente) creditore – 3.1. Gli effetti della mora del creditore cedente e gli effetti liberatori per il cessionario – 4. Mancata restituzione dell'azienda e rapporti pendenti. Una prima distinzione. – 4.1. I rapporti pendenti assunti dal cedente. – 4.2. I rapporti pendenti assunti dal cessionario.

#### *1. La mancata domanda di restituzione da parte del cedente. Il problema.*

Nel presente capitolo verranno poste le basi per indagare un problema che, a prima vista, sembra rappresentare il “rovescio della medaglia” di quello finora affrontato.

Esemplificando il fenomeno che ci si accinge a trattare, si deve immaginare la caducazione di un contratto di cessione d'azienda, nella quale il cedente – sia esso l'attore o il convenuto – non formuli la domanda di restituzione del compendio produttivo.

Va ricordato che tale domanda rappresenta un diritto disponibile della parte, e mantiene la propria autonomia rispetto a quella volta alla dichiarazione di nullità, di annullamento o di risoluzione del negozio<sup>1</sup>.

La circostanza può verificarsi, banalmente, per un mancato interesse da parte del cedente a ripristinare il ruolo di imprenditore che aveva in precedenza; oppure perché, a seguito della restituzione, egli verrebbe immesso nel possesso di un compendio produttivo i cui prodotti hanno perso appetibilità sul mercato e che richiederebbe eccessivi sforzi economici per tornare competitivo; o ancora, poiché diverrebbe corresponsabile dei debiti assunti *medio tempore* dal cessionario, in funzione

---

<sup>1</sup> Sull'autonomia della domanda restitutiva rispetto a quella di caducazione si veda, *ex multis*, Cass. 26.07.2016, n. 15461.

dell'interpretazione analogica inversa che si è inteso dare nel presente lavoro dell'art. 2560 c.c.

Più in generale, il cedente potrebbe non avere interesse a ratificare l'operato gestorio condotto *medio tempore* dal cessionario, poiché la domanda di restituzione dell'azienda comporterebbe tutte le conseguenze che sono state delineate al precedente capitolo<sup>2</sup>. A queste ipotesi può ancora aggiungersi il caso in cui è non consentito al cedente formulare tale domanda, poiché attraverso la restituzione delle prestazioni si raggiungerebbe un risultato vietato dall'ordinamento<sup>3</sup>.

Lo spettro delle situazioni che si possono presentare nel giudizio di caducazione del contratto di cessione d'azienda è ampio, e necessita di diverse considerazioni che contemplino, da un lato, la sorte dei beni facenti parte del compendio produttivo e, dall'altro, quella dei rapporti pendenti ad esso afferenti.

## *2. La liberazione da parte del cessionario del compendio produttivo. Il sequestro giudiziario.*

Quando il cedente non formula la domanda restitutoria, il cessionario si trova a dover gestire un bene che – all'esito del giudizio sulla caducazione del contratto – potrebbe non risultare più di sua proprietà.

Lo stesso cessionario potrebbe avere un interesse speculare a quello poc'anzi delineato per il cedente: cioè quello di “liberarsi” del possesso dell'azienda.

Facendo un esempio si può immaginare il seguente caso: A aliena a B un'azienda la cui redditività è decisamente inferiore rispetto a quanto promesso dal cedente; oppure che trascina con sé ingenti debiti che il cedente aveva occultato. Prescindendo dalla tipologia di rimedio concretamente esperibile, B agisce in giudizio per la caducazione del contratto, formulando la domanda di ripetizione del prezzo pagato, mentre A omette di domandare la restituzione dell'azienda.

---

<sup>2</sup> In realtà, si deve constatare come in questi casi, di fronte all'inadempimento del cessionario, il cedente sarà portato a preferire la domanda di adempimento rispetto a quella di risoluzione, così che nel giudizio non sarà formulata alcuna domanda restitutoria.

<sup>3</sup> Il tema è stato trattato, sul piano generale, *supra*; cfr. Cap. II, § 9.1.

Tralasciando la possibilità, per i creditori di B, di proporre un'azione surrogatoria volta proprio alla restituzione del bene, occorre domandarsi se l'ordinamento preveda strumenti che possano consentire al cessionario di liberarsi del compendio produttivo quando egli non ha più interesse a gestirlo.

Una prima indicazione sembra provenire dal Codice di procedura civile.

L'art. 670 c.p.c. consente al giudice di autorizzare il sequestro di una serie di beni – tra cui, espressamente, l'azienda<sup>4</sup> – quando ne è controversa la proprietà o il possesso, e risulta opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro temporanea gestione.

In questo modo, il cessionario potrebbe liberarsi del complesso produttivo – già anticipatamente rispetto ad una sentenza di merito – affidandone la gestione ad un custode *pro tempore* (il sequestratario), di modo che questi sarà tenuto a garantire la continuazione dell'attività imprenditoriale nell'attesa che si stabilisca la titolarità sul compendio produttivo<sup>5</sup>; in particolare, ai fini della concessione della misura, potrebbe far leva – quanto al *periculum in mora* – sull'ipotesi in cui la continuazione della gestione da parte sua potrebbe rappresentare un pregiudizio per la sua attività economica e il suo patrimonio, specie quando l'azienda generi importanti passività.

La dottrina chiarisce che il passaggio alla gestione da parte del sequestratario non configura un'ipotesi di trasferimento d'azienda, ma comunque ammette che quest'ultimo sia legittimato all'esercizio “sia dei crediti che dei rapporti contrattuali, e passivamente alle richieste di pagamento dei debiti”<sup>6</sup>, pena la paralisi dell'intera attività commerciale. E che, ferma restando la responsabilità dell'ausiliario del giudice, nel momento in cui, terminato il giudizio di merito, sarà riconosciuta la titolarità dell'azienda, il gestore subentrante – cedente o cessionario che sia – “subirà o profitterà, rispettivamente, di tutti i decrementi o gli incrementi che alla consistenza

---

<sup>4</sup> Come sottolinea F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 373, è necessario che la controversia coinvolga la proprietà o il possesso dell'intera azienda, e non solo di alcuni beni facenti parte del compendio.

<sup>5</sup> M. CANTILLO, F. SANTANGELI, *Il sequestro nel processo civile*, Milano, 2003, p. 251. Peraltro, la giurisprudenza ritiene che ai fini della validità del sequestro giudiziale non è necessaria la specifica indicazione di tutti i beni ad essa afferenti: cfr. Cass. 21.06.2000, n. 8429, per cui “la mancata indicazione dei singoli componenti destinati a formare specifico oggetto del sequestro stesso non è causa di invalidità od inefficacia di esso, a differenza che nel caso di sequestro conservativo, in cui la puntuale individuazione e descrizione dei beni assume la funzione di render noto lo specifico oggetto della garanzia patrimoniale riconosciuta al creditore procedente”.

<sup>6</sup> F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 373; D. PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda*, cit., p. 156 s.

del complesso perverranno dalla gestione interinale”<sup>7</sup>, e sarà tenuto ad adempiere a quanto assunto dal sequestratario.

Da questo punto di vista, le soluzioni adottate sembrano coerenti con quanto previsto nel capitolo precedente, in cui le norme sono state interpretate proprio per preservare l’attitudine produttiva dell’azienda e della continuità aziendale.

### 3. *La mora del (cedente) creditore*

Un ulteriore problema che può profilarsi con riferimento alla mancata domanda di restituzione attiene alla possibilità, concessa al cessionario, di costituire in mora il cedente, creditore della prestazione restitutoria, quando questi non si adopera per la restituzione dell’azienda o non esercita il diritto scaturente dalla pronuncia di caducazione.

In realtà, sembra che si debba distinguere tra i rimedi che conducono alla restituzione.

Fino a quando non viene pronunciata la sentenza (costitutiva) di annullamento o di risoluzione, l’istituto della mora del creditore non sembra potersi attivare, giacchè – anche solo concettualmente – non si è ancora in presenza di un rapporto tra credito (del cedente) e debito (del cessionario) alla restituzione<sup>8</sup>. Diversa è la questione concernente la nullità, per la quale – proprio in virtù del vizio genetico che affligge il contratto – sembra possibile per il cessionario poter offrire formalmente l’azienda al cedente, costituendolo in mora, anche prima dell’accertamento giudiziale sulla titolarità del bene.

A prescindere dall’eventuale momento dal quale il cessionario può costituire in mora il cedente perché questo torni in possesso dell’azienda, occorre riflettere sulla concreta possibilità di esperire tale rimedio.

Si considerino i seguenti esempi:

---

<sup>7</sup> Ancora F. MARTORANO, *L’azienda*, cit., p. 374.

<sup>8</sup> Cfr., similamente, G. VISINTINI, *Mora del creditore*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, vol. IX, Torino, 1984, p. 132 ss., p. 135, che tuttavia fa gli esempi concernenti la contestazione del debito o la sua illiquidità. Chiaramente sul punto G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, in *Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1973, p. 15, per cui il primo presupposto della *mora credendi* è, per l’appunto, l’esistenza di un’obbligazione.

(a) A aliena a B un'azienda per il prezzo di 100, il cui valore è in realtà irrisorio. Accortosi dell'inganno, B agisce per la caducazione e la restituzione del prezzo, mentre A non formula alcuna domanda restitutoria, non essendo interessato a riottenere un'azienda dissestata;

(b) A aliena a B un'azienda per il prezzo di 100; B paga solamente metà del prezzo e, nel frattempo, conduce il bene verso il dissesto economico. A agisce successivamente per la risoluzione del trasferimento, ma non formula la domanda restitutoria<sup>9</sup>.

I due casi hanno in comune la mancata domanda di restituzione da parte del cedente, ma divergono per le valutazioni che conducono il cedente a tale scelta: nel primo esempio, egli già all'atto della cessione era consapevole del valore dell'azienda, mentre nel secondo caso la perdita di valore dell'azienda attiene alla gestione *medio tempore* svolta dal cessionario.

Ponendo l'ipotesi che la costituzione in mora del creditore cedente avvenga solamente dopo il passaggio in giudicato che accerta la titolarità del bene in capo a quest'ultimo, ci si può chiedere se lo stesso possa opporre qualche eccezione alla liberazione richiesta dal cessionario.

La lettura dell'art. 1206 c.c. sembra suggerire una *distinctio*.

La norma, come noto, non consente che la costituzione in mora possa avvenire quando vi è un motivo legittimo che possa esimere il creditore dal ricevere la prestazione: vale a dire in presenza di circostanze che, alla luce degli interessi delle parti – da vagliare sotto lo spettro del principio di correttezza e buona fede (art. 1375 c.c.) –, giustifichino l'omissione del creditore<sup>10</sup>. Così, si ritiene per esempio legittimo il rifiuto del creditore quando il ricevimento della prestazione “lo esporrebbe ad un rischio di una certa rilevanza, che secondo buona fede egli non può ritenersi tenuto a sopportare”<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Nella normalità dei casi, si può immaginare che, nell'ipotesi di inadempimento, il cedente A formuli la domanda di adempimento piuttosto che quella di risoluzione, così da non essere legato all'eventuale restituzione del bene. Tuttavia, non può trascurarsi l'ipotesi in cui egli voglia completamente rimuovere il negozio laddove questo contempli ulteriori obblighi a carico del cedente a cui quest'ultimo non vuole più dare seguito (es. divieto di concorrenza o l'assunzione di garanzie particolarmente onerose).

<sup>10</sup> La questione è ampiamente trattata da G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 92 ss., che parla di “circostanze”; ID., voce *Mora del creditore*, in *Digesto (dir. priv.)*, vol. XI, Torino, 1994, p. 432 ss., p. 437.

<sup>11</sup> Ancora G. CATTANEO, voce *Mora del creditore*, cit., p. 437.

In questi termini, la possibilità per il cessionario di liberarsi del compendio produttivo, con tutte le conseguenze ad esso inerenti anche con riferimento ai rapporti pendenti e alla responsabilità delle parti coinvolte, potrebbe essere giustificata laddove i fatti che hanno portato alla caducazione del contratto prima, e alla restituzione poi, fossero ascrivibili ad un comportamento del cedente stesso.

D'altronde, se si legano la clausola di buona fede e il legittimo motivo di rifiuto, eventuali comportamenti scorretti dell'alienante – siano essi anteriori o successivi alla conclusione del contratto – potranno rilevare per impedire l'applicazione dell'eccezione del rifiuto legittimo.

Ciò, al contrario, non potrebbe accadere laddove i rischi derivanti dall'accettazione della prestazione abbiano origine in un fatto del debitore (es. il successivo dissesto dell'azienda per *mala gestio* del cessionario), o comunque attinente alla sua sfera di rischio<sup>12</sup>; ragionando diversamente, si consentirebbe al cessionario inadempiente del precedente caso (b) di giovare delle regole derivanti dalla circolazione di regresso dell'azienda per liberarsi di un bene che egli ha portato verso il completo deterioramento e che, paradossalmente, rischierebbe di intaccare anche il patrimonio del cedente – fino all'estrema ipotesi del fallimento – laddove i negozi stipulati dal cessionario fossero trasferiti al cedente e nascesse un regime di corresponsabilità per i nuovi debiti assunti.

Ciò, in sintesi, potrebbe rappresentare un abuso del diritto<sup>13</sup>.

### 3.1. *Gli effetti della mora del creditore cedente e gli effetti liberatori per il cessionario*

Con l'offerta formale e la costituzione in mora del cedente, creditore della prestazione restitutoria, si realizzano gli effetti stabiliti dall'art. 1207 c.c.: da quel momento il creditore sopporta il rischio del perimento fortuito della prestazione a lui dovuta e, parimenti, non gli sono più dovuti gli interessi né i frutti dell'azienda che non sono stati più percepiti dal debitore.

---

<sup>12</sup> G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 96, per cui, per esempio, deve considerarsi legittimo il rifiuto di un pagamento quando il creditore sa che esso sarebbe poi revocabile per il dissesto finanziario dell'imprenditore debitore.

<sup>13</sup> Sul tema in generale C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *I Contratti*, 2012, p. 5 ss. ed ivi altri riferimenti.

Rimane incerto stabilire come debba essere effettuata l'offerta reale di un'azienda, dato il carattere composito dei beni in essa inseriti.

Il Codice prevede regole diverse proprio in funzione della tipologia di prestazione dovuta dal debitore, al punto da configurare oneri differenti in capo allo stesso: l'offerta reale per il denaro, i titoli di credito e le cose mobili da consegnare al domicilio del creditore (art. 1209, comma 1); l'intimazione del creditore a ricevere cose mobili da consegnare in un luogo diverso rispetto al domicilio dello stesso (art. 1209, comma 2), oppure a prendere il possesso di beni immobili (art. 1216).

Se il creditore rifiuta l'offerta formale, il debitore può liberarsi della prestazione eseguendo il deposito liberatorio (art. 1210), ovvero – limitatamente ai beni immobili – ottenendo la nomina di un sequestratario (art. 1216, comma 2).

Al di là della specificità delle norme, preme rilevare che l'azienda – quale complesso di beni organizzati – non è espressamente contemplata dalle disposizioni che regolano le forme dell'offerta: il Codice prende in considerazione prestazioni o beni nella loro dimensione statica, che apparentemente mal si conciliano con la realtà dinamica di un'azienda.

In breve: come si effettua l'offerta formale di un'azienda?

La domanda sembra condurre ad un bivio: *(i)* ritenere che il debitore possa liberarsi solo effettuando tutte le diverse offerte (o intimazioni) previste per i beni che costituiscono l'azienda, così dividendo il compendio produttivo, oppure *(ii)* che esista una sola offerta (o intimazione) effettuata la quale il debitore possa ritenersi libero.

La prima impostazione sembra essere coerente con la cd. teoria atomistica e suffragata dalla lettura dell'art. 2556 c.c., norma che esprime la stretta correlazione tra il trasferimento dell'azienda e le forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni ad essa afferenti; la seconda, al contrario, sembrerebbe preferibile se ci si riferisse all'azienda come ad un'entità unitaria.

Come detto, tuttavia, impostazioni ricavate apoditticamente dall'adozione di una di queste teorie non soddisfano, e fanno perdere – ancora una volta – il fulcro della dimensione dell'azienda, vale a dire la necessità di preservare l'attitudine produttiva.

Il diritto del debitore/cessionario a liberarsi dell'azienda sembra che debba essere temperato con l'esigenza di salvaguardia, nei limiti del possibile, dell'attività imprenditoriale con essa esercitabile.



A ben vedere, l'unica disposizione che sembra corrispondente a questa finalità appare essere l'art. 1216 c.c.: ciò non tanto perché l'azienda normalmente è costituita anche da beni immobili, o per una qualche forma di attrazione che esercita l'intimazione prevista per questa tipologia di beni rispetto ad altri, ma piuttosto per la previsione che consente di ottenere dal giudice la nomina di un sequestratario, che potrebbe fungere da temporaneo gestore del complesso produttivo in attesa della presa in consegna, da parte del cedente, dell'azienda stessa.

E se è pur vero che l'art. 687 c.p.c., nel regolare il sequestro liberatorio, richiede che sia controverso "l'obbligo o in modo del pagamento o della consegna, o l'idoneità della cosa offerta", si tratterebbe di interpretare estensivamente – o analogicamente – la norma, la cui finalità è quella di costituire "una forma particolare di adempimento per salvaguardare il debitore da ulteriori effetti negativi ogni qual volta egli voglia adempiere ma, per cause indipendenti dalla sua volontà, non lo possa fare"<sup>14</sup>.

D'altronde, la giurisprudenza riconosce che nel disporre il sequestro liberatorio "spetti al giudice stabilire le concrete modalità di attuazione dello stesso"<sup>15</sup>, così che risulterebbe tutelata l'esigenza della continuazione dell'attività esercitata, laddove fosse il tribunale ad autorizzare le attività che può compiere il sequestratario.

#### *4. Mancata restituzione dell'azienda e rapporti pendenti. Una prima distinzione.*

L'incidenza dei rapporti pendenti relativi all'azienda è già stata trattata nella seconda sezione del precedente capitolo, seppur limitatamente all'ipotesi in cui sia il cedente a formulare la domanda restitutoria.

Ciò che in questa sede rileva è capire che cosa accada ai contratti, ai debiti e ai crediti assunti dalle due parti quando il cedente si rifiuti di tornare in possesso del bene produttivo poiché non formula la domanda di restituzione in sede giudiziale, ovvero non accetta l'azienda dopo la costituzione in mora da parte del cessionario.

Apparentemente, il fatto che il cedente non formuli alcuna domanda restitutoria in merito all'azienda circolata sembra toccare solo incidentalmente tali rapporti, la cui

---

<sup>14</sup> Trib. S.M. Capua Vetere, 22.01.2013.

<sup>15</sup> Cass. 14.05.2019, n. 12727.

titolarità è in capo ad un soggetto (persona fisica o giuridica che sia) e non all'azienda. Ciononostante, la stretta inerenza che essi hanno rispetto al compendio aziendale può condurre a qualche ulteriore considerazione. Anche in questo caso, sembra opportuno distinguere tra i rapporti pendenti che erano stati originariamente assunti dal contraente cedente e quelli nuovi assunti *medio tempore* dal cessionario.

#### 4.1. I rapporti pendenti assunti dal cedente.

Occupiamoci, in prima battuta, dei rapporti originariamente assunti dal cedente. Il caso è il seguente: A cede a B un'azienda; il contratto di cessione viene caducato ma A non formula la domanda di restituzione dell'azienda.

Ci si domanda che cosa accada ai contratti, crediti e debiti facenti capo ad A.

(a) Per quanto concerne i contratti stipulati con soggetti terzi, con la caducazione del contratto di cessione d'azienda viene meno la causa che giustificava il trasferimento automatico al cessionario di tali rapporti e, conformemente a quanto rilevato in altra parte del lavoro<sup>16</sup>, si verificano i seguenti effetti: (i) il contratto tornerà a vincolare le parti che lo avevano originariamente stipulato (il cedente e il terzo) e, (ii) il cessionario a cui viene richiesto l'adempimento del contratto da parte del terzo potrà opporre a quest'ultimo i vizi concernenti il contratto di cessione caducato.

Si consideri, peraltro, che proprio la giurisprudenza formatasi attorno a casi concernenti i contratti di lavoro<sup>17</sup> – seppur in un terreno ove vi sono da tutelare interessi di natura pubblicistica – conferma l'idea per cui il terzo abbia diritto al ripristino del rapporto contrattuale con il precedente titolare dell'azienda. E ciò a prescindere dalla restituzione (o meno) dell'azienda alienata.

La mancata domanda di restituzione dell'azienda da parte del cedente può tuttavia costituire un potenziale ostacolo all'adempimento dei negozi originariamente stipulati con il terzo: si pensi all'ipotesi di un contratto di somministrazione di merci, che può essere adempiuto solo attraverso lo sfruttamento del complesso produttivo.

Come detto ai precedenti paragrafi, può accadere che di fronte alla caducazione del contratto, il cessionario – debitore della prestazione restitutoria scaturente dalla

---

<sup>16</sup> Cfr. *supra*, Cap. III, 13.1.

<sup>17</sup> Cfr. *supra*, Cap. III, § 15.

pronuncia – voglia liberarsi del compendio produttivo (e di tutte le conseguenze che da esso derivano), così costituendo in mora il cedente. Quest'ultimo, al contrario, potrebbe opporre l'esistenza di un "motivo legittimo", espressamente richiamato dall'art. 1206 c.c., che gli consenta di evitare gli effetti derivanti dalla circolazione di regresso. Si ricorda che tale situazione può ricorrere allorquando dalla retrocessione dell'azienda deriverebbe un serio pregiudizio per il cedente e per il suo patrimonio (esse a causa della *mala gestio* del cessionario il cedente tornerebbe nel possesso di un bene deteriorato).

Sembra che ci si trovi di fronte ad un'ipotesi in cui da un lato l'ordinamento consente al cedente di non tornare in possesso del compendio produttivo, ma dall'altro ripristina la titolarità di quei contratti – da lui originariamente stipulati – che tuttavia non possono essere adempiuti senza il possesso dell'azienda. In altri termini, il cedente verrebbe posto di fronte ad un'alternativa: (i) tornare in possesso dell'azienda così da poter adempiere al contratto stipulato con il terzo, ma con il rischio di avere pesanti ricadute sul proprio patrimonio, oppure (ii) non formulare la domanda di restituzione dell'azienda deteriorata e opporre l'esistenza di un legittimo motivo di fronte alla costituzione in mora effettuata dal cessionario, così tuttavia sapendo di non poter adempiere al contratto originariamente stipulato con il terzo, tornato in capo a lui a seguito della caducazione del contratto di cessione.

In scenari come questi, che possono chiaramente presagire la responsabilità del cedente nei confronti dei terzi (cioè: le sue originarie controparti contrattuali), si deve valutare se sussistano ipotesi liberatorie volte allo scioglimento di questi contratti tornati in capo al cedente quando vi è, per l'appunto, la mancata domanda di restituzione dell'azienda e un motivo legittimo che viene opposto alla costituzione in mora del creditore/cedente.

(b) Per quanto concerne i crediti aziendali, dalla semplice pronuncia della sentenza di caducazione discende il ripristino della titolarità degli stessi in capo al cedente, a prescindere dalla restituzione dell'azienda o meno. Anche in questo caso potrebbero porsi questioni relative al pagamento effettuato al creditore apparente (il cessionario), ma la soluzione al problema può essere analoga a quella riferita nel precedente capitolo (e cioè che possa ritenersi liberato il debitore che abbia pagato in

buona fede al creditore apparente)<sup>18</sup>. Al più, la mancata domanda di restituzione dell'azienda potrebbe rilevare per questioni pratiche di riscossione di tali rapporti, laddove i crediti aziendali siano direttamente ricollegati agli impianti produttivi che non vengono restituiti (es. diritto di godimento su un macchinario inserito nel magazzino).

(c) Quanto ai debiti originariamente assunti dal cedente, venuto meno l'accollo con il cessionario, l'obbligazione del creditore aziendale torna ad essere semplice. E ciò conduce a due conseguenze: (i) il cessionario a cui viene richiesto il pagamento da parte del creditore aziendale potrà opporre allo stesso i vizi fondati sul contratto di cessione oramai caducato; (ii) il cedente tornerà a rispondere esclusivamente con il suo patrimonio, il quale tuttavia potrebbe risultare diminuito, nella propria consistenza, per la mancata restituzione dell'azienda. In questo caso, il fatto che non venga formulata tale domanda può apparire come un'ipotesi lesiva dei diritti dei creditori, laddove gli stessi ipotizzino il soddisfacimento dei propri interessi mediante un'aggressione degli *assets* aziendali. Ma le soluzioni a questo problema non sembrano doversi discostare da quelle già esistenti sul piano generale. Se gli *assets* sono ritornati nella titolarità del cedente potranno essere aggrediti dai creditori anche presso il cessionario che ancora li detenga; se si tratta di diritti, i creditori potranno esercitare l'azione surrogatoria *ex art. 2900 c.c.*, nei casi in cui il cedente ometta di compiere atti in pregiudizio dei diritti dei creditori stessi.

#### 4.2. I rapporti pendenti assunti dal cessionario.

Diverse considerazioni possono essere riservate ai nuovi rapporti assunti *medio tempore* dal cessionario, sempre in un'ipotesi in cui il cedente non formuli la domanda volta alla restituzione dell'azienda e si opponga alla costituzione in mora intimata dal cessionario. In questi termini, che cosa succede ai contratti, ai debiti e ai crediti?

(a) Per quanto riguarda i nuovi crediti, il discorso sembra piuttosto agevole: si tratta di rapporti obbligatori che sorgono in capo al cessionario e a lui rimangono ascrivibili anche quando non viene formulata la domanda di restituzione dell'azienda

---

<sup>18</sup> Cfr. *supra*, Cap. III, § 14.1.

da parte del cedente. Al più, potrebbero porsi problemi quando il cessionario costituisce in mora il cedente perché quest'ultimo torni nel possesso dell'azienda, giacché – salva l'esistenza di un legittimo motivo *ex art. 1206 c.c.* che consenta al cedente di opporsi a tale intimazione – l'esistenza di nuovi crediti “funzionali”<sup>19</sup> presenti nel complesso produttivo dovrebbe condurre alla soluzione per cui il cedente assuma la titolarità di tali nuovi rapporti.

(b) Anche i nuovi debiti sorgono in capo al solo cessionario. In questo caso, l'assenza della domanda di restituzione dell'azienda impedisce di condurre a quelle conclusioni che sono state svolte relativamente alla “ratifica” dell'operato altrui e all'applicazione analogica inversa dell'art. 2560 c.c.<sup>20</sup>, così che – salva l'ipotesi dell'esistenza di diritti reali di garanzia opponibili al cedente – il creditore del cessionario potrà soddisfarsi solo sul patrimonio di quest'ultimo, e non anche su quello del cedente.

Tale soluzione, tuttavia, rischia di frustrare le *rationes* alla base dell'art. 2560 c.c., e cioè: (i) l'affidamento che i creditori del cessionario riponevano sulla continuità aziendale; (ii) il soddisfacimento del proprio credito sui beni costituenti il patrimonio aziendale<sup>21</sup>, giacché la titolarità di questi torna in capo al cedente. In altre parole, mentre nella circolazione di progresso l'interesse del creditore aziendale è sempre tutelato quando avviene un mutamento della titolarità dell'azienda, nella circolazione di regresso in cui non viene formulata la domanda di restituzione dell'azienda tale interesse sarebbe sacrificato; così, il creditore aziendale del cessionario si trova in una situazione in cui, all'apparenza, l'ordinamento non appresta una particolare tutela<sup>22</sup>.

Anche in questo complesso scenario, è possibile che di fronte alla caducazione del contratto di cessione d'azienda il cessionario costituisca in mora il cedente, affinché quest'ultimo torni in possesso dell'azienda. In questi termini, ci si potrebbe domandare se tale atto di costituzione in mora possa valere a sancire comunque l'applicazione analogica inversa dell'art. 2560 c.c., e dunque condurre alla nascita di

---

<sup>19</sup> Sulla nozione, cfr. *supra* Cap. I, § 11.

<sup>20</sup> Cfr. *supra*, Cap. III, § 14.4.

<sup>21</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, § 12.

<sup>22</sup> Ciò sembra condurre, apparentemente, ad una disparità di trattamento nei confronti dei creditori aziendali: se infatti il cessionario alienasse l'azienda ad un terzo, il creditore aziendale potrebbe soddisfarsi su entrambi i patrimoni, stante il disposto dell'art. 2560 c.c.; diversamente, se anziché cedere l'azienda ad un terzo, il cessionario fosse soggetto alla restituzione del compendio in seguito alla caducazione del contratto, il creditore non potrebbe giovare della solidarietà prevista dalla norma.

una corresponsabilità tra il cedente e il cessionario per i debiti da quest'ultimo *medio tempore* assunti.

Ancora una volta, si potrebbe immaginare l'esistenza di un *discrimen*, allorquando il cedente, creditore della prestazione restitutoria, opponga al cessionario l'esistenza di un legittimo motivo *ex art. 1206 c.c.* – che gli consenta di impedire tale restituzione, quando la stessa lo esporrebbe ad un potenziale pregiudizio. In altri termini, potrebbero sussistere regole che impediscono l'insorgenza di un accollo inverso quando il cedente rifiuta, con un legittimo motivo, la restituzione dell'azienda.

Si è detto che tali ipotesi sono quelle normalmente riconducibili ad una *mala gestio* del cessionario: già a prima vista accogliere il principio per cui il cedente diviene corresponsabile per i debiti assunti *medio tempore* dal cessionario quando vi è un legittimo motivo che consente a quest'ultimo di non tornare nel possesso dell'azienda non sembra convincere, poiché si correrebbe il rischio di trascinarlo all'interno di fenomeni di dissesto – fino al potenziale fallimento – per una causa del tutto estranea al suo rischio di impresa (quale è, per l'appunto, la gestione condotta *medio tempore* dal cessionario, peraltro non ratificata giacché non è stata formulata la domanda di restituzione). Ciò non toglie che l'eventuale sussistenza di oneri di natura reale, riconducibili alla mera titolarità dei beni, possa condurre a soluzioni difformi, giacché essi potrebbero maturare in capo al cedente, anche a prescindere dall'esistenza di un legittimo motivo che consenta a questi di evitare di riappropriarsi del complesso produttivo.

Quando invece tale motivo legittimo non sussiste (es. per l'imputabilità della caducazione del contratto di cessione al cedente), l'insorgenza di tale corresponsabilità tra cedente e cessionario – benché quest'ultimo non “ratifichi” l'operato *medio tempore* svolto dal cessionario – potrebbe giustificarsi nell'ottica di salvaguardare i creditori aziendali.

(c) Il discorso appena condotto sui debiti può, per certi versi, riproporsi con riferimento ai nuovi contratti stipulati dal cessionario. Anche in questo caso, quando non viene formulata la domanda di restituzione del complesso produttivo, apparentemente non sembra poter operare quell'applicazione analogica (e inversa) dell'art. 2558 c.c. che si è proposta nel precedente capitolo, poiché manca

quell'elemento volontaristico assimilabile alla "ratifica" dell'operato altrui che giustifica tale interpretazione.

A tal proposito, riprendiamo un esempio già noto: A vende a B la propria azienda, e B stipula con C un nuovo contratto di appalto. Il contratto tra A e B viene successivamente caducato, ma A non formula la domanda di restituzione dell'azienda. Che cosa succede al nuovo contratto stipulato tra B e C?

Immaginiamo la successiva costituzione in mora del cedente, e il fatto che in capo a quest'ultimo sussista (o meno) l'esistenza di un motivo legittimo *ex art. 1206 c.c.* che consente di rifiutare la prestazione.

Quando esso sussiste (es. sempre per la *mala gestio* del cessionario B), non sembra vi siano ragioni per affermare che il terzo abbia diritto all'instaurazione del rapporto con il cedente, tornato titolare dell'azienda in virtù della sentenza di caducazione. Ancora una volta, se si ragionasse diversamente, nel senso di prevedere un automatico trasferimento del contratto al cedente, si assisterebbe al rischio di creare fenomeni pregiudizievoli per quest'ultimo, con la contestuale liberazione del soggetto che, invece, ha creato un danno al complesso produttivo (cioè: il cessionario).

Quando invece tale legittimo motivo non sussiste (es. è stato il cedente a raggirare il cessionario), la soluzione potrebbe essere diversa, giacchè il cedente non può opporre giustificazioni al rifiuto di riprendere il complesso produttivo. Dunque, in questo caso, ci si potrebbe indirizzare comunque verso l'applicazione analogica dell'art. 2558 c.c., di modo che il cedente diventi in ogni caso il titolare del contratto, *medio tempore*, stipulato dal cessionario.

Tale soluzione sembra preferibile per due ragioni: (i) se si lasciasse il contratto in capo al cessionario, egli sarebbe normalmente nell'impossibilità di adempiere alla prestazione, giacchè privato della titolarità del complesso produttivo<sup>23</sup>; (ii) il terzo

---

<sup>23</sup> Un'ipotesi alternativa potrebbe essere quella di lasciare il contratto in capo al cessionario e verificare se sussistano ipotesi per determinare lo scioglimento dello stesso quando questo sia stato stipulato esclusivamente in ragione dell'attività di impresa, che viene a cessare a seguito della caducazione del contratto di cessione d'azienda. In tale prospettiva, è evidente che la sopravvenuta perdita dell'azienda – dovuta ad una sentenza che accerta la titolarità di un altro soggetto relativamente al complesso produttivo – può costituire un mutamento delle circostanze che rende impossibile l'esecuzione del contratto, specie allorquando l'adempimento è possibile solamente per mezzo dello sfruttamento dell'azienda. La soluzione che porti ad affermare che il contratto rimanga in capo al cessionario e continui a vincolarlo anche quando questi ha perso la dell'azienda può destare qualche perplessità: si pensi al caso di un cessionario che abbia stipulato nuovi contratti per gestire l'azienda ma agisca poi per far dichiarare l'annullamento del contratto di cessione per dolo del venditore, che aveva falsamente rappresentato la realtà del complesso produttivo poi rilevata erronea; la permanenza dei contratti

ceduto sarebbe comunque tutelato dalla previsione del recesso *ex art.* 2558, comma 2, c.c., che potrebbe essere esercitato allorquando il cedente, a cui viene trasferito il contratto, non abbia quelle caratteristiche tali da assicurare “il buon esito dell’affare”<sup>24</sup>.

In conclusione, uno sviluppo successivo e più approfondito di questi temi potrà condurre a verificare se il “legittimo motivo” *ex art.* 1206 c.c. che il cedente, creditore della restituzione dell’azienda, oppone al cessionario, debitore di tale prestazione, possa escludere l’applicazione analogica e inversa delle norme dettate in materia di rapporti pendenti.

---

stipulati dal cessionario in capo a quest’ultimo rischia di condurre ad un “effetto a cascata” negativo per il patrimonio dello stesso: nell’ipotesi in cui il cessionario non sia in grado di recuperare il prezzo pagato per l’azienda (ad esempio, per il fallimento del cedente) egli rischierebbe di subire anche tutte le conseguenze negative che deriverebbero dall’impossibilità di adempiere ai nuovi contratti stipulati, aggravando la sua situazione patrimoniale. In casi come questi, si tratta di stabilire se il mancato possesso dell’azienda da parte del soggetto tenuto all’adempimento del contratto possa configurare un’ipotesi di scioglimento dello stesso rapporto giuridico. E, considerata la fattispecie, si potrebbe vagliare se sussistano i requisiti per applicare l’istituto della presupposizione a questo caso. In generale, sul tema cfr. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; ID., *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windschied e Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, V, c. 281 ss.; ID., *Presupposizione, oggettività delle circostanze, e fonti di integrazione del rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1747 ss.; F. MARTORANO, “*Presupposizione*” ed errore sui motivi nei contratti, in *Riv. dir. civ.*, 1958, p. 69 ss.; A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, *Il contratto in generale*, t. IV, Torino, 2003; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, cit., spec. p. 517 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi del contraenti*, Padova, 1992; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, cit.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 542 ed evi altri riferimenti.

<sup>24</sup> Sul tema del recesso da parte del terzo cfr. *supra*, Cap. I, § 10.3.3.



## OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Al termine del presente elaborato, si possono riprendere i punti salienti dell'indagine fin qui condotta, per trarre alcune considerazioni conclusive relative al fenomeno della cessione dell'azienda e della sua restituzione in occasione di una pronuncia che dichiara l'invalidità o la risoluzione del contratto con cui essa era originariamente circolata.

L'analisi condotta nel primo capitolo si è concentrata sulla cd. "circolazione di progresso".

Da un punto di vista strettamente metodologico, si è detto che uno studio avente ad oggetto la cessione e la retrocessione dell'azienda dovrebbe prescindere da quelle ricostruzioni dogmatiche di natura aprioristica che continuano a contrapporsi in dottrina (teoria unitaria e teoria atomistica) e che, più propriamente, essa dovrebbe seguire l'interpretazione degli artt. 2555 ss. c.c., vale a dire il sistema normativo dedicato alla circolazione di questo bene.

Questo complesso produttivo costituisce un bene dinamico, e tale intrinseca caratteristica si riverbera sulle disposizioni di legge, che considerano l'azienda proprio in funzione del suo profilo circolatorio.

Si è così affermato che la cessione di azienda non può essere ricondotta esclusivamente ad un semplice contratto di compravendita (ancorché con un oggetto articolato o, come recita l'art. 2555 c.c., "organizzato"), e che, al contrario, rappresenta una più complessa ipotesi di sostituzione imprenditoriale, con la quale il Legislatore ha inteso tutelare gli interessi sia delle parti, sia di soggetti terzi coinvolti nell'alienazione; più in generale, con cui si è voluto salvaguardare anche l'integrità e l'attitudine produttiva del complesso.

Sono le stesse disposizioni del Codice civile a corroborare tale visione: i *naturalia negotii* di cui agli artt. 2556 ss. c.c. si fondono in un sistema complesso, e contribuiscono a fondare l'idea per cui il fenomeno della cessione d'azienda si costruisce attraverso una commistione tra istituti propri del diritto civile e altri del diritto commerciale; in questo senso, gli obblighi pubblicitari (art. 2556 c.c.), il divieto di concorrenza (art. 2557 c.c.) e le regole concernenti i rapporti pendenti (artt. 2558, 2559, 2560 e 2112 c.c.) costituiscono uno sviluppo logico dell'alienazione, attraverso

il quale si è inteso realizzare la pienezza del godimento dell'azienda compravenduta e la tutela di quei soggetti terzi che "subiscono" il trasferimento dell'azienda.

Questa funzionalizzazione delle norme dettate in materia di azienda ha permesso di fondare considerazioni che sono valse sia per la circolazione di progresso, sia per quella di regresso.

In prima battuta, ciò ha consentito di ricalibrare l'oggetto della circolazione, ponendolo in stretto rapporto con le sue finalità: si è infatti affermato che se normalmente sono le parti a determinare i beni che compongono il compendio produttivo, quando ciò non accade (circostanza che si verifica sempre nell'ipotesi della restituzione) è l'interprete che deve procedere ad indentificare quale sia l'oggetto che subisce il trasferimento. In questo modo, si è superato il problema dell'adozione (anche in questo caso aprioristica) di costruzioni dogmatiche sul concetto di "beni" di cui all'art. 2555 c.c., affermando che l'interpretazione della stessa nozione di azienda – tanto ai fini della circolazione di progresso, quanto per quella di regresso – si dovrebbe orientare funzionalmente verso la logica della sostituzione di impresa, in modo da considerare come parte del complesso che transita verso il cessionario (o, al contrario, che torna al cedente a seguito della caducazione del contratto di cessione), tutti (e solo) quegli elementi – siano essi beni materiali o rapporti giuridici – che sono funzionali alla produzione.

Secondariamente, tale funzionalizzazione del negozio ha permesso di fondare il criterio interpretativo privilegiato con cui leggere gli artt. 2556 ss. c.c., a cui è stata riservata un'analisi per completare il discorso sulla circolazione di progresso e per fornire indicazioni circa il perimetro applicativo delle disposizioni codicistiche, in vista anche dell'indagine concernente la circolazione di regresso.

Così delineata la fattispecie della circolazione di progresso nell'azienda, all'inizio del secondo capitolo si è impostata l'indagine relativa al fenomeno della retrocessione dell'azienda, quale effetto che deriva da una pronuncia di caducazione del contratto di cessione. Di fronte alla constatazione per cui nessuna norma del Codice disciplina tale fenomeno, e che da poche altre disposizioni di settore non è possibile trarre indicazioni di carattere organico, si è cercato di comprendere se le norme che sono tradizionalmente poste alla base del meccanismo restitutorio conseguente ad una pronuncia di invalidità o di risoluzione del contratto – e cioè la disciplina dell'indebito

di cui agli artt. 2033 ss. c.c. – possano essere di per sé idonee a governare anche la restituzione del complesso produttivo all’alienante.

Si è tuttavia dimostrato come l’applicazione dell’istituto dell’indebito – già oggetto di critiche su un piano generale quando esso viene assunto come fondamento degli obblighi restitutori derivanti da una qualsiasi pronuncia che caduca il contratto – non permetta di raggiungere risultati soddisfacenti. In particolare, si è verificato come l’applicazione dell’art. 2037 c.c. determini effetti distorsivi con riferimento al rapporto tra rischio di impresa e l’eventuale modifica del bene oggetto di restituzione, e quella dell’art. 2038 c.c. collida con principi cardine che riguardano i rimedi dell’invalidità e della risoluzione. In generale, il problema maggiore che si è riscontrato è che l’intera disciplina dell’indebito costruisce le proprie regole sulla base dello stato soggettivo dell’*accipiens* (buona o mala fede), quando le regole restitutorie operanti a seguito dell’eliminazione di un contratto a prestazioni corrispettive dovrebbero tendere ad una maggiore neutralità degli obblighi imposti alle parti, pena l’adozione di soluzioni che conducono a risultati iniqui, e talora antieconomici. Infine, si è dovuto constatare come il richiamo all’indebito oggettivo sia del tutto inidoneo a regolare un altro (fondamentale) tema per il quale mancano indicazioni adeguate a ricostruire un sistema: e cioè la retrocessione dei rapporti pendenti che afferiscono al complesso produttivo.

Sotto un altro profilo, comunque collegato a quello appena accennato, il tema è stato indagato con riguardo alla portata retroattiva della pronuncia caducatoria, poiché di fronte ad atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza volti ad affermare la necessità del ripristino dello *status quo ante* a prescindere dall’evento perturbativo che conduce alla caducazione del contratto, si è dimostrato come tale situazione appaia pressoché irrealizzabile nel momento in cui si tratta di un bene dinamico come quello dell’azienda, che, per sua natura, continua a mutare la propria composizione.

Su questo aspetto si è dato atto in realtà di un cambiamento che sta vivendo l’ordinamento italiano (così come quelli stranieri), volto ad attenuare la portata retroattiva delle pronunce caducatorie, anche attraverso la necessità di esprimere l’esistenza di un nesso sinallagmatico inverso che permetta una restituzione reciproca delle prestazioni e che tenga comunque conto degli avvenimenti che sono stati prodotti *medio tempore*. In questo senso, si è fatto riferimento alla formulazione della

*Saldotheorie* tedesca e alla soluzione del *Contrat synallagmatique renversé* francese, che sembrano offrire validi spunti nel contesto che si è inteso qui indagare.

Preso atto che la lacuna concernente la disciplina riguardante la restituzione dell'azienda non può essere colmata attraverso gli ordinari richiami alle restituzioni contrattuali, nel terzo capitolo si è affermato che anche la circolazione "di regresso" necessita di considerazioni di più ampio respiro.

In quest'ottica, tale fenomeno è stato indagato sotto un duplice profilo: (i) da un lato con riferimento ai rapporti restitutori tra le due parti che avevano stipulato originariamente il contratto di cessione d'azienda; (ii) dall'altro, con riguardo ai rapporti con soggetti terzi (quali possono essere terzi che hanno stipulato contratti inerenti all'esercizio dell'azienda, terzi debitori o terzi creditori), giacchè questi rapporti, pur influenzando le eventuali pretese restitutorie di cedente e cessionario, hanno richiesto una diversa analisi che tenesse conto degli interessi di questi soggetti che entrano in contatto con la realtà aziendale.

Una considerazione chiave per entrambi questi aspetti è stata quella di affermare che anche la circolazione di regresso – al pari di quella di progresso – configura un fenomeno di sostituzione imprenditoriale, attraverso il quale il cedente viene rimesso nel possesso di un compendio produttivo. In questo senso, si è reinterpretato quell'"elemento volontaristico" che la giurisprudenza talora richiama in tema di retrocessione dell'azienda (e dei rapporti pendenti ad essa afferenti), per giungere alla conclusione che la domanda di restituzione del complesso produttivo svolta nel giudizio di caducazione del contratto con cui esso era originariamente circolato può essere accostata ad un'accettazione dell'operato altrui: cioè della gestione condotta, *medio tempore*, dal cessionario.

Ciò ha permesso di delineare un sostrato normativo applicabile alla restituzione dell'azienda, relativamente a tutte le attività (*rectius*: affari) svolte *medio tempore* dal cessionario/gestore.

Su queste basi si è proceduto a ricostruire il fenomeno della retrocessione del complesso produttivo all'alienante, partendo dall'intrinseca variabilità di composizione (e valore) di questo bene; al pari di quanto detto per la circolazione di progresso, si è affermato che oggetto della domanda di restituzione deve essere un

compendio produttivo che consenta di svolgere l'attività di impresa, con tutte le possibili ricadute in termini di aumento o diminuzione del valore del compendio.

Dimostrato che deve essere il cessionario il soggetto che subisce o si giova del rischio della variazione circa la composizione del patrimonio aziendale – positivo o negativo che sia –, si è proposto di ricondurre il tema entro lo schema delineato dall'art. 2561, comma 4, c.c., nel quale si è intravista l'espressione di un principio generale che consenta di fondare la pretesa di eventuali indennizzi di dare/avere tra le parti in funzione del diverso valore del compendio produttivo al momento della retrocessione.

Si sono così passate in rassegna le ipotesi della diminuzione e dell'aumento di valore dell'azienda, assieme a considerazioni più generali riguardanti ulteriori corollari delle pretese restitutorie (tra cui, il tema dei frutti aziendali o del cd. valore oggettivo di godimento delle prestazioni), dimostrando come le soluzioni proposte pongano un argine rispetto a possibili comportamenti opportunistici delle parti rispetto alle impugnative negoziali.

L'attenzione si è focalizzata poi sui rapporti pendenti al momento della retrocessione del complesso produttivo. Preso atto delle insoddisfacenti (e scarse) risposte offerte dalla giurisprudenza sul punto, e richiamata ancora una volta l'idea per cui il cedente che formula la domanda di restituzione dell'azienda è accostabile al soggetto interessato che "ratifica" l'operato del gestore *ex art. 2032 c.c.*, si è proposto di differenziare l'indagine relativa ai rapporti pendenti originariamente assunti dal cedente da quelli nuovi assunti *medio tempore* dal cessionario. Per quanto riguarda questi ultimi, si è sostanzialmente proposto di applicare analogicamente (e in senso inverso) le disposizioni di cui agli artt. 2558 ss. e 2112 c.c., secondo il perimetro normativo che era stato delineato con riferimento alla circolazione di progresso. Un'analoga soluzione è stata riservata all'applicazione inversa del divieto di concorrenza *ex art. 2557 c.c.*, per porre i medesimi limiti in capo al cessionario, legittimato passivo per la domanda restitutoria.

Nel quarto e ultimo capitolo sono state avanzate iniziali considerazioni con riferimento ad un problema pressochè sconosciuto nel panorama dottrinale e giurisprudenziale: l'ipotesi in cui il cedente non formuli la domanda di restituzione dell'azienda all'interno del giudizio di caducazione del contratto con cui essa era stata originariamente venduta. Tale condotta può discendere da plurime ragioni: ad

esempio, il cedente potrebbe non essere più interessato a ripristinare il ruolo imprenditoriale che aveva; oppure potrebbe non avere interesse ad essere reimmesso nel possesso di un bene che – *medio tempore* – è stato deteriorato, o che ha perso appetibilità sul mercato; più in generale, il cedente potrebbe non voler ratificare l'operato svolto dal cessionario.

Si sono così abbozzati primi problemi che possono emergere con riferimento alla possibilità per il cessionario di liberarsi del compendio produttivo, sia nel corso del giudizio, sia all'esito di una sentenza che affermi la titolarità del bene in capo al cedente. In questo senso, al di là dell'ipotesi del sequestro giudiziario in corso di causa, la costituzione in mora del cedente potrebbe rappresentare l'istituto volto a liberare il cessionario dalla gestione dell'azienda; ma essa presenta profili applicativi discussi, specie laddove sussistano motivi legittimi che permettano al creditore (cedente) di rifiutare il bene.

I problemi maggiori che sono configurabili in questo caso riguardano la conduzione dell'azienda svolta *medio tempore* dal cessionario stesso: la mancata proposizione della domanda, e dunque la mancata ratifica dell'operato altrui, potrebbe impedire un'applicazione analogica delle norme dettate in materia di rapporti pendenti, così facendo sorgere problemi applicativi riguardanti, in particolare, i contratti e i debiti assunti dal cessionario. Si sono formulate ipotesi di ragionamento, ancorché preliminari, quali spunti per un'ulteriore riflessione a cui può essere indirizzata la futura discussione sul tema.

## BIBLIOGRAFIA

- AIMO M., IZZI D. (cur.), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Milano, 2014, p. 318 ss.;
- ALBANESE A., *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 226 ss.;
- ALBANESE A., *Il pagamento dell'indebito*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale* diretta da F. GALGANO, Padova, 2004;
- ALBANESE A., *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005;
- ALPA G., voce *Rischio* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 1144 ss.;
- AMBROSINI S., CAVALLI G., JORIO A., *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. COTTINO, Padova, 2009;
- AMBROSOLI M., *La presupposizione in due recenti pronunce della Suprema Corte*, in *Contratti*, 2006, p. 1085 ss.;
- AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002;
- AMBROSOLI M., *Le restituzioni nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in G. DE NOVA (cur.), *Le restituzioni contrattuali*, p. 149 ss.;
- ANDREOLI G., *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940;
- ARGIROFFI C., *Ripetizione di cosa ed acquisto a non domino della proprietà*, Milano, 1980;
- ARU L., MOSCATI E., D'ONOFRIO P., *Gestione di affari, Pagamento dell'indebito, Arricchimento senza causa, Artt. 2028-2042*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981;
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960;
- ASTONE A., *Il trasferimento del credito*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da P. SCHLESINGER e da F.D. BUSNELLI, Milano, 2014;
- AUBERT DE VINCELLES C., *La résolution du contrat pour inexécution*, in F. TERRE (cur.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, 2009;
- AUBERT J.-L., *Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat: quel régime juridique?*, in *Deffrénois*, 2003, p. 191 ss.;
- AULETTA G., FRANCESCHELLI R., RENDE D., *Del lavoro (artt. 2555-2642)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna Roma, 1964;
- AULETTA G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942;

- AULETTA G., MANGINI V., *Della concorrenza (artt. 2584-2601)*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1987;
- AULETTA G., Voce *Avviamento*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 630 e ss.;
- AULETTA G., voce *Azienda*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, p. 2 s.;
- AURELI M., *Azienda – la successione nei contratti: il limite imposto dai fatti non negoziali*, in *Giur. it.*, 2016, 840 ss.;
- AURELI M., *La successione nei contratti: il limite imposto dai fatti non negoziali*, in *Giur. it.*, 2016, p. 841 ss.;
- BARASSI L., *La teoria giuridica delle obbligazioni*, vol. I, Milano, 1963;
- BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milano, 1948;
- BARCELLONA P., *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 11 ss.;
- BARCELLONA P., voce *Frutti (dir. civ.)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, 1969, p. 204 ss.;
- BARGELLI E., “*Sinallagma rovesciato*” e ripetizione dell'indebito. *L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 87 ss.;
- BARGELLI E., *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010;
- BARGELLI E., *Le prestazioni professionali effettuate indebitamente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 470 ss.;
- BEKKER E.I., *Zweckvermogen, insbesondere Peculium Handelsvermogen und Aktiengesellschaften*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. IV, 1861, p. 500 ss.;
- BELFIORE A., *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, tomo IV, Torino, 2003;
- BELFIORE A., *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, vol. II, Milano, 1988, p. 243 ss.;
- BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969;
- BESSONE M., *Presupposizione, oggettività delle circostanze, e fonti di integrazione del rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1747 ss.;
- BESSONE M., *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windschied e Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, V, c. 281 ss.;
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, t. 2, Milano, 1955;
- BIANCA C.M., *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000;
- BIANCA C.M., *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, 1992;



- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. VASSALLI, Torino, 1972;
- BIGIAVI W., *Irretroattività della risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, p. 695 ss.;
- BIGLIAZZI GERI L., *Risoluzione per inadempimento*, Art. 1460-1462, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988;
- BIONDI B., *I beni*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. VASSALLI, Torino, 1956;
- BIVONA G., *Affitto di fondi rustici*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1995;
- BOGGIO L., *Azienda – “sostanza” vs. “forma”: sopravvenienze passive aziendali e responsabilità ex lege*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2406 ss.;
- BOGGIO L., *La proprietà dell’azienda come «bene distinto dai singoli componenti»: possesso ed usucapione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1447 ss.;
- BONFANTE G., COTTINO G., *L’imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, vol. I, Padova, 2001;
- BORTOLUZZI A., BORTOLUZZI G., *Il trasferimento d’azienda*, Torino, 2010;
- BOZZA G., *I rapporti pendenti nelle procedure concorsuali. L’affitto di azienda*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2018, p. 1135 ss.;
- BRECCIA U., *Il pagamento dell’indebito*, in *La gestione di affari. Il pagamento dell’indebito. L’arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, vol. IX, Torino 1984, p. 757 ss.;
- BRECCIA U., *La buona fede nel pagamento dell’indebito*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, p. 128 ss.;
- BRECCIA U., *La ripetizione dell’indebito*, Milano, 1974;
- BRECCIA U., voce *Indebito (ripetizione dell’)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, 1989;
- BRIZZOLARI V., *Cessione d’azienda e limitazione della responsabilità del cessionario in danno del creditore: un nuovo caso di abuso del diritto?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 374 ss.;
- BRUNI A.M., *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione di indebitto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 173 ss.;
- CACCAVALE C., *L’accollo ex lege dei debiti relativi all’azienda ceduta*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, p. 505 ss.;
- CALVO R., *Contratto di locazione, nullità erariale e arricchimento senza causa*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 11 ss.;

- CAMARDI C., *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997;
- CAMPAGNA L., *I “negozi di attuazione” e la manifestazione dell’intento negoziale*, Milano, 1958;
- CANARIS C.W., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003;
- CANTILLO M., SANTANGELI F., *Il sequestro nel processo civile*, Milano, 2003;
- CARBONNIER J., *Droit civil*, IV, Paris, 2000;
- CARCHIO C., *Persistenti dubbi interpretativi sulle nozioni di trasferimento e di azienda ex art. 2112 c.c.*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2465 ss.;
- CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d’azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell’impresa*, Torino, 2013;
- CARNELUTTI F., *Valore giuridico della nozione di azienda commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, p. 156 ss.;
- CARNEVALI U., GABRIELLI E., TAMPONI M., *Il contratto in generale. La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, vol. VIII.2, Torino, 2011;
- CARNEVALI U., *Risoluzione del contratto per inadempimento, restituzione del prezzo e rivalutazione monetaria*, in *Contratti*, 2006, p. 861 ss.;
- CARRARA G., *Appunti per una nuova impostazione del concetto di azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, p. 45 ss.;
- CARROZZA A., *Lezioni di diritto agrario*, Milano, 1988;
- CARUSI D., *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, Napoli, 2004;
- CARUSI D., *Il concorso dei rimedi restitutori con quello risarcitorio (e il problema dell’arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 67 ss.;
- CASALI P.G., *Il destino dei debiti nella cessione e nell’affitto d’azienda*, in *Società*, 2011, p. 1049 ss.;
- CASANOVA M., *Impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. VASSALLI, vol. X, t. 1, Torino, 1974;
- CASANOVA M., *Studi sulla teoria dell’azienda*, Roma, 1938;
- CASANOVA M., voce *Azienda*, in *Dig it.*, sez. *comm.*, Torino, 1999, p. 75 ss.;
- CASPANI R., *Responsabilità del cessionario per debiti inerenti al ramo d’azienda trasferito*, in *Giur. comm.*, 2016, p. 1012 ss.;

- CASTELLI L., BOSCO C., *Il cessionario può rispondere dei debiti inerenti all'azienda ceduta, anche in assenza delle scritture contabili, alla luce delle complessive evidenze processuali*, in *Società*, 2020, p. 682 ss.;
- CASTRONOVO C., *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 793 ss.;
- CATTANEO G., *Della mora del creditore*, in *Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1973;
- CATTANEO G., voce *Mora del creditore*, in *Digesto (dir. priv.)*, vol. XI, Torino, 1994, p. 432 ss.;
- CAVICCHI D., *Cessione di azienda, fallimento del cedente e opponibilità dell'atto alla massa dei creditori*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2012, p. 1149 ss.;
- CENNI D., *L'iscrizione nel registro delle imprese e la doppia alienazione di azienda e di quota di s.r.l.*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 498 ss.;
- CENSONI P.F., *La sorte dei rapporti pendenti nel fallimento nel caso di affitto di azienda*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 333 ss.;
- CERCHIA R.E., *A Comparative Viewpoint on Illegal Contracts: In Favor of Flexibility and Proportionality*, in *Global Jurist*, 2021, p. 447 ss.;
- CIAN G., *Di alcune aporie nel sistema codicistico della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1149 ss.;
- CIAN M., *Dell'azienda*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER e F.D. BUSNELLI, Milano, 2018;
- CIAN M., *Le antiche leggi del commercio. Produzione, scambi, regole*, Bologna, 2016;
- CIPOLLA O., *Note in tema di cessazione del contratto di affitto d'azienda e di successione nei contratti da parte del locatore*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1204 ss.;
- CLARIZIA R., *La cessione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1991;
- COLOMBO G.E., *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, Padova, 1972;
- COLOMBO G.E., *L'azienda e il suo trasferimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. III, Padova, 1979;
- COPPO L., *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2016, p. 311 ss.;
- COTTINO G., *Diritto commerciale*, vol. I, t. 1, Padova, 1993;
- COTTINO G., *L'imprenditore*, Padova, 2001;

- D'ADDA A., *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 529 ss.;
- D'AMICO G., *Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 769 ss.;
- D'ANGELO A., *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, vol. XIII, Torino, 2004;
- DE MARTINI A., *Trasferimento di azienda e successione nei debiti*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, 261 ss.;
- DE NOVA G., *Attività di gestione senza titolo e utili d'azienda*, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, c. 1742 ss.;
- DE NOVA G. (cur.), *Le restituzioni contrattuali*, Padova, 2012, p. 1 ss.;
- DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974;
- DELFINI F., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999;
- DELLACASA M., *Gli effetti della risoluzione*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, vol. V, *Rimedi – 2*, p. 369 ss.;
- DELLACASA M., *Restituzione e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 1120 ss.;
- DEPREZ J., *La rétroactivité dans les actes juridiques*, Rennes, 1953;
- DI MAJO A., *Danno e mancato profitto nell'arricchimento senza causa*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 59 ss.;
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001;
- DI MAJO A., *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento incolpevole*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, p. 13 ss.;
- DI MAJO G., *Alienazione della cosa acquistata e azione di risoluzione per vizi*, in *Foro pad.*, 1966, p. 757 ss.;
- DIMUNDO A., *Struttura e funzione dei contratti pendenti nelle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2018, p. 1085 ss.;
- DIMUNDO A., voce *Frutti civili*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 1998, p. 552 ss.;
- DOMAT J., *Le loix civiles dans leur ordre naturel*, I, VI, Paris, 1777;
- ENDEMANN W., *Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt*, Heidelberg, 1875;
- ENRIETTI E., *Della risoluzione*, in *Commentario D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1948;
- FADDA C. e BENZA P.E., *Note a B. Windschield, Diritto delle pandette*, Torino, 1926, p. 58 ss.;

- FADDA R., *Sull'inammissibilità dell'azione redibitoria in caso di utilizzazione della cosa acquistata che modifichi la situazione della stessa*, in *Riv. giur. sarda*, 1996, p. 454 ss.;
- FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941;
- FERRARA JR. F., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1945;
- FERRARI G., voce *Azienda (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959;
- FERRENTINO C., FERRUCCI A., *Dell'azienda*, Milano, 2014;
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1960;
- FILANTI G., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983;
- FIMMANÒ F., *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000;
- FIMMANÒ F., *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2007, p. 437 ss.;
- FIMMANÒ F., *La sorte dei debiti e dei contratti nella circolazione inversa dell'azienda*, in *Riv. Notariato*, 2018, p. 114 ss.;
- FIMMANÒ F., *Retrocessione dell'azienda affittata e responsabilità del concedente per i debiti dell'affittuario*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2018, p. 27 ss.;
- FLUME W., *Studien zur Lehre der ungerechtfertigten Bereicherung*, Tübingen, 2003, p. 126 ss.;
- FONTANA A., *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1970;
- FORTI V., *La mauvaise foi survenue du débiteur des restitutions (observations comparatives sous les articles 1352-2 et 1357-7 du Code civil)*, in *Revue des contrats*, 2018, p. 118 ss.;
- FRANCESCHELLI V., *Nullità del contratto*, in *Il Codice civile. Commentario* fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2015;
- FUNARI F., *L'applicazione analogica del divieto di concorrenza alle cessioni di partecipazioni sociali*, in *Società*, 2012, p. 505 ss.;
- GABRIELLI G., *Invalidità e diritti dei terzi*, in AA.VV. *Le invalidità nel diritto privato*, vol. XXVII, Milano, 2011;
- GALGANO F., *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 531 ss.;
- GALGANO F., *L'imprenditore*, Bologna, 1970;
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova, 2015;

- GALGANO F., VISINTINI G., *Gli effetti del contratto. Della Rappresentanza, Del contratto per persona da nominare*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993;
- GALLO P., *Arricchimento senza causa*, in *Codice civile. Commentario* diretto da P. SCHLESINGER e F.D. BUSNELLI, Milano, 2003;
- GALLO P., *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 2008;
- GALLO P., *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da R. SACCO, Torino, 1997;
- GALLO P., *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990;
- GALLO P., *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. III, t. 2, Milano, 1998, p. 385 ss.;
- GALLO P., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992;
- GALLO P., voce *Ripetizione dell'indebitto. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Digesto (dir. priv.)*, vol. XVIII, Torino, 1987, p. 1 ss.;
- GAMBARO A., *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 2012;
- GAMBARO A., *La proprietà*, in *Trattato di diritto privato* diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2017;
- GAMBINO F., *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 2021;
- GANGI C., *Le obbligazioni. Concetto. Obbligazioni naturali, solidali, divisibili e indivisibili*, Milano, 1951;
- GARACI I., *La gestione d'affari altrui*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da P. SCHLESINGER e F.D. BUSNELLI, Milano, 2018;
- GAROFALO L., *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 243 ss.;
- GARRON F., *La caducité du contrat*, Aix-en-Provence, 2000;
- GENICON T., *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2008;
- GENOVESE A., *Il passaggio generazionale dell'impresa: la donazione di azienda e di partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 718 ss.;
- GENTILI A., *Le invalidità*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di E. GABRIELLI, Torino, 1999.

- GHIDINI G., *Della concorrenza sleale*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1994;
- GHIDINI M., *Disciplina giuridica dell'impresa*, Milano, 1950;
- GHIRON M., *L'imprenditore l'impresa e l'azienda*, Torino, 1951;
- GIANNATTASIO C., *Della locazione*, in *Commentario al codice civile* diretto da M. D'AMELIO e E. FINZI, Firenze, 1947;
- GIORGI G., *Obbligazioni*, vol. V, Firenze, 1909;
- GORLA G., *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934;
- GORLA G., *La compravendita e la permuta*, Torino, 1937;
- GRANDI M., *Le modificazioni del rapporto di lavoro. I. Le modificazioni soggettive*, Milano, 1972;
- GRASSI U., *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1996;
- GRASSO B., *Delegazione, espromissione e accollo*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER e F.D. BUSNELLI, Milano, 2011;
- GRAZIANI A., *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959;
- GRECO P., *Corso di diritto commerciale*, Torino, 1943;
- GRECO P., *Corso di diritto commerciale. Impresa e azienda*, Milano, 1975;
- GRECO P., *La clientela commerciale come oggetto di diritti*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Roma, 1931, p. 571 ss.;
- GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, 1992;
- GUERRINI L., *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012;
- GUERRINI L., *Rimedi contrattuali e restituzioni nel novellato Code Civil: una deludente restaurazione*, in *Riv. dir. civ.*, p. 646 ss.;
- HOUTCIEFF D., *Droit Commercial*, Paris, 2011;
- IRTI N., *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 541 ss.;
- LA PORTA U., *L'assunzione del debito altrui*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 2009;
- LARENZ K., *Schuldrecht*, I, München, 1982;
- LE GALL J.-P., RUELLAN C., *Droit Commercial*, Paris, 2011;
- LEONE P., *Impugnativa negoziali, tutela restitutoria e indebito oggettivo*, in *Contratti*, 2009, p. 999 ss.;

- LEVI G., *Il pagamento dell'indebito*, Milano, 1989;
- LIBERTINI M., *Lezioni di diritto industriale*, Napoli, 2016;
- LIBERTINI M., voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 95 ss.;
- LICCARDO P., *Fallimento e metodologie di acquisizione dell'azienda affittata*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1997, p. 661 ss.;
- LUMINOSO A., CARNEVALI U., COSTANZA M., *Della risoluzione per inadempimento (artt. 1453-1454)*, I 1, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990;
- LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, 1998;
- LUONI S., CAVANNA M., *Azienda – legato – legato d'azienda e responsabilità per debiti del legatario*, in *Giur. it.*, 2017, p. 107 ss.;
- MACARIO F., *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, vol. V, *Rimedi-2*, p. 493 ss.;
- MAFFEIS D., *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999;
- MALAUURIE M., *Les restitutions en droit civil*, Paris, 1991;
- MALAUURIE P., AYNES L., *Les obligations*, Paris, 1999;
- MANCINI T., *La delegazione, l'espromissione e l'accollo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, vol. XI, Torino, 1984;
- MANIACI A., *Restituzioni e sanzioni civili indirette*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 338 ss.;
- MANTOVANI M., *Le nullità ed il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, vol. IV, *Rimedi - I*, a cura di A. GENTILI, Milano, 2006, p. 1 ss.;
- MANZINI C., *Il vantaggio dell'incapace*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 649 ss.;
- MARCHETTI G., *Trasferimento d'azienda e accollo ex lege del cessionario*, in *Contr. e impresa*, 2020, p. 154 ss.;
- MARESCA G., *Impossibilità della restitutio in integrum e risolubilità, rescindibilità, annullabilità del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 78 ss.;
- MARINI G., *Il contratto annullabile*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, vol. IV, *Rimedi - I*, a cura di A. GENTILI, Milano, 2006, p. 307 ss.
- MARTINO M., *Risoluzione del contratto e retrocessione dell'azienda ceduta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 725 ss.;
- MARTORANO F., *"Presupposizione" ed errore sui motivi nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, p. 69 ss.;
- MARTORANO F., *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale* fondato da V. BUONOCORE e diretto da R. COSTI, Torino, 2010;



- MARTORANO F., *La circolazione «di ritorno» dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010, p. 1 ss.;
- MAZZAGÙ A., voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960;
- MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948;
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1968;
- MINERVINI G., *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Napoli, 1970;
- MINNECI U., *Trasferimento di azienda e regime dei debiti*, Torino, 2007;
- MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, Torino, 1980;
- MOMMSEN A., *Die Haftung des Firmenübernehmers für die Firmenschulden und die Behandlung dieser Kontroverse seitens des Leipziger Oberhandelsgerichts*, in *Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts*, Neue Folge, 1875;
- MOSCATI E., *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 435 ss.;
- MOSCATI E., *Richiesta stragiudiziale e decorrenza dei frutti e degli interessi nella ripetizione dell'indebito*, in *Giur. it.*, 1983, p. 975 ss.;
- MOSCATI E., voce *Indebito*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 86 ss.;
- MOSCO L., *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1950;
- MOSETTO F., *Brevi note in tema di trasferimento d'azienda e responsabilità dell'acquirente per debiti*, in *Giur. it.*, 2020, p. 2698 ss.;
- MOSSA L., *Trattato del nuovo diritto commerciale*, Milano, 1942;
- NANNI L., COSTANZA M., CARNEVALI U., *Risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007;
- NAPPI S., *Trasferimento d'azienda e trasformazione del datore di lavoro*, in *Quad. dir. lav.*, Milano, 2005;
- NICCOLINI G., *Termine dell'affitto d'azienda e responsabilità dell'affittante per le obbligazioni dell'affittuario: un revirement della Cassazione*, in *Foro it.*, 2017, c. 3628 ss.;
- NICOLÒ R., *Adempimento dell'obbligo altrui*, Roma-Napoli, 1978 (rist.);
- NICOLUSSI A., *Appunti sulla buona fede soggettiva con particolare riferimento all'indebito*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 294 ss.;
- NICOLUSSI A., *Le restituzioni de iure condendo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, p. 783 ss.;
- NICOLUSSI A., *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998;

- NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V. (cur.), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010;
- OMODEI-SALÈ R., *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, Padova, 2004;
- PACCHIONI G., *Dei quasi-contratti*, Padova, 1938;
- PACCHIONI G., *I quasi contratti e l'azione di arricchimento. Lezioni di diritto civile*, Padova, 1935;
- PACIFICI MAZZONI E., *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. III, 1905;
- PAGANI E., *Retrocessione al fallimento dell'azienda affittata e responsabilità della procedura per i debiti maturati*, in *Società*, 2018, p. 146 ss.;
- PAGLIANTINI S., *La risoluzione nei contratti di durata*, Milano, 2006;
- PAGLIANTINI S., *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*, in *I Contratti*, 2020, p. 11 ss.;
- PAGLIANTINI S., *Nullità formali bancarie e restituzioni (a margine di una recente decisione dell'A.B.F.)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 179 ss.;
- PALERMO G., *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974;
- PASSAGNOLI G., *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Obbl. e contratti*, 2010, p. 647 ss.;
- PATTI A., *L'affitto dell'azienda*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2007, p. 1088 ss.;
- PATTI F.P., *Buon costume e scopo della norma violata: sull'ambito di applicazione dell'art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 517 ss.;
- PELLETIER C., *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Paris, 2004;
- PELOSI A.C., *La proprietà risolubile della teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975;
- PERLINGIERI P., *Cessione dei crediti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992;
- PETTITI D., *Il trasferimento volontario d'azienda*, Napoli, 1970;
- POLACCO V., *Obbligazioni*, Milano, 1898;
- POLIDORI S., *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 931 ss.;
- PORTALE G.B., *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 938 ss.;
- PRATI L., *Il trasferimento d'azienda*, Torino, 2005;

- PRESTI G., RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2013;
- QUATTROCCHIO L., *La cessazione del contratto di affitto d'azienda*, in *I Contratti*, 2002, p. 943 ss.;
- REDENTI E., *Dei contratti nella pratica commerciale*, Parte prima, Padova, 1933;
- RESCIGNO P., *Studi sull'accollo*, 1958, Milano;
- RESCIGNO P., voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, 1968, p. 1234 ss.;
- REYGRABELLET A., DENIZOT C., *Fonds de commerce*, Paris, 2011;
- RICOLFI M., *Patti di non concorrenza e circolazione dell'azienda*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 800 ss.;
- RIGALLE-DUMETZ C., *La résolution partielle du contrat*, Paris, 2003;
- RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949;
- RIVOLTA C.M., *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973;
- ROCCO A., *Principi di diritto commerciale*, Torino, 1928;
- ROJO A., *El establecimiento mercantil (II). Transición*, in R. URÌA, A. MENÉNDEZ, *Curso de derecho mercantil*, Cizur Menor, 2006;
- ROMAGNOLI E., *Dell'affitto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1978;
- ROMANO-PAVONI G., *La disciplina dell'azienda e la successione ex art. 2558 c.c. nel contratto di locazione*, in *Riv. dir. ind.*, 1952, p. 158 ss.;
- ROMEI R., *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1993;
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011;
- ROTONDI M., *L'azienda come oggetto di negozi giuridici*, in *Trattato di diritto dell'industria*, vol. II, Padova, 1931;
- ROTONDI M., *Teoria generale dell'azienda*, in *Trattato di diritto dell'industria*, vol. I, Padova, 1929;
- RUBINO D., IUDICA G., *Dell'appalto*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1992;
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1971;
- RUBINO D., *La compravendita*, Milano, 1962;

- SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, vol. I e vol. II, Torino, 2004;
- SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. VASSALLI, Torino, 1975;
- SACCO R., *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959 (rist. 1980);
- SACCO R., *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro it.*, 1966, c. 1394 ss.;
- SANFILIPPO C., *Condictio indebiti: il fondamento dell'obbligazione da indebito*, Milano, 1943;
- SANTAGATA C., *Del mandato. Disposizioni generali*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1985;
- SANTAGATA C., *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975;
- SANTORO-PASSARELLI F., *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, p. 376 ss.;
- SARRAO F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Ospedaletto, 1989;
- SCALISI V., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011;
- SCHIANO DI PEPE G. (cur.), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007;
- SCHMIDLIN B., *La caducità del contratto e le azioni di restituzioni: il contratto risolto: caduco o sopravvivate?*, in L. VACCA (cur.), *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, cit., p. 165 ss.;
- SCIALOJA V., *nota a Cass. Roma, 24.11.1882*, in *Foro. it.*, 1883, 705 ss.;
- SCIUMÈ C., *Restituzioni e cessione d'azienda*, in G. DE NOVA (cur.), *Le restituzioni contrattuali*, Padova, 2012, p. 293 ss.;
- SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi del contraenti*, Padova, 1992;
- SCOGNAMIGLIO C., *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, p. 5 ss.;
- SCOGNAMIGLIO C., *Le sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 176 ss.;
- SCOZZAFAVA O.T., *Dei beni*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1999;
- SCUTO C., *Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1917, p. 47 ss.;

- SERINET Y.-M., *Restitutions après anéantissement du contrat*, in *L'avant-projet Catala, Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, 22 Settembre 2005, p. 55 ss.;
- SGANGA C., *Dei beni in generali*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER e F.D. BUSNELLI, Milano, 2015;
- SICCHIERO G., *La risoluzione per inadempimento*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER e F.D. BUSNELLI, Milano, 2007;
- SIRACUSA R., *La nozione di "universitas" nel diritto romano*, Milano, 2016;
- SIRENA P., *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 657 ss.;
- SIRENA P., *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999;
- SIRENA P., *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 379 ss.;
- SORDELLI L., *Le teorie giuridiche dell'azienda. Cenni storiografici sull'evoluzione di un dogma e altre notazioni*, in *Scritti per Mario Delle Piane*, Napoli, 1986, p. 311 ss.;
- SPADA P., *Lezione sull'azienda*, in AA.VV., *L'impresa*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 1985, p. 45 ss.;
- SPERANZIN M., TINA A., *La cessione d'azienda*, in *Trattato dei contratti* diretto da V. ROPPO, vol. II, Milano, 2014, p. 241 ss.;
- STELLA MONFREDINI P., *Il contratto di affitto di azienda nelle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2017, p. 481 ss.;
- STELLA-RICHTER G., *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 151 ss.;
- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947;
- STOLL H., *Die Wirkungen des vertragsmäßigen Rücktritts*, Bonn, 1921;
- TABELLINI T., *Il concetto d'azienda*, Napoli, 1960;
- TATARANO G., voce *Retroattività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 83 ss.;
- TEDESCHI G.U., *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, vol. XVIII, Torino, 1983;
- TERRANOVA C., *La garanzia per vizi e difetti di qualità della cosa venduta*, in *I contratti di vendita*, II, a cura di D. VALENTINO, in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2007, p. 1081 ss.;

- TIMPANO V., *Cessione d'azienda: rapporti contrattuali pendenti e perimetro del fenomeno successorio*, in *Contratti*, 2020, p. 272 ss.;
- TINA A., *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie in Quaderni di giurisprudenza commerciale*, 2007, p. 278 ss.;
- TOMMASINI R., *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986;
- TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, XXIII ed., Milano, 2019;
- TRANQUILLO C., *Risoluzione per inadempimento e funzione delle restituzioni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2015, p. 813 ss.;
- TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Milano, 1967;
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2016;
- TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010;
- TRIMARCHI P., *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962;
- URSO A., *Successione nei contratti e responsabilità dell'alienante nella cessione d'azienda*, in *Obblig. e contratti*, 2007, p. 1002 ss.;
- VACCA L. (cur.), *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, Torino, 2006;
- VACCA L. (cur.), *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione nel diritto contrattuale europeo*, Torino, 1999;
- VALERY J., *Maison de commerce et fonds de commerce*, in *Annales de droit commercial*, Parigi, 1902, p. 209 ss., p. 269 ss.;
- VANZETTI A., *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi all'azienda ceduta*, in *Riv. soc.*, 1965, p. 539 ss.;
- VANZETTI A., *Trent'anni di studi sull'azienda (parte I)*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. delle obblig.*, 1958, p. 32 ss.;
- VANZETTI A., *Trent'anni di studi sull'azienda (parte II)*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. delle obblig.*, 1958, p. 105 ss.;
- VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993;
- VILLA G., *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 19 ss.;
- VILLA G., *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, vol. V, *Rimedi - 2*, p. 753 ss.;

VILLA G., *Metamorfosi dell'invalidità, stabilità dei rapporti e circolazione dei diritti*, in E. NAVARRETTA (cur.), *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile*, Torino, 2021, p. 239 ss.;

VIRIDI G., *Il trasferimento d'azienda: un istituto sempre in bilico tra libertà d'impresa (art. 41 Cost.) e diritto al lavoro (artt. 1 e 4 Cost.)*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 965 ss.;

VISINTINI G., *Mora del creditore*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, vol. IX, Torino, 1984, p. 132 ss.;

VOGEL L., *Du droit commercial au droit économique*, in *Traité de droit des affaires Ripert-Roblot*, t. 1, Paris, 2016;

ZIMMERMANN R., *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform 2002*, in A. BORROWS and LORD RODGER OF EARLSFERRY, *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford, 2006, p. 323 ss.

## ABSTRACT

La presente tesi di dottorato si propone di indagare il fenomeno della restituzione dell'azienda, quale conseguenza che scaturisce da una pronuncia che dichiara l'invalidità o la risoluzione del contratto con cui il complesso produttivo era originariamente circolato. Premessa qualche riflessione riguardante la cd. circolazione "di progresso" dall'originario titolare al nuovo acquirente e gli effetti (negoziali e legali) che si ricollegano a questa alienazione, lo studio si incentra sulla cd. circolazione "di regresso". L'elaborato dimostra l'impossibilità di applicare a questo fenomeno le norme sulla ripetizione dell'indebitto (art. 2033 ss. c.c.), quale disciplina che normalmente sottostà alle restituzioni contrattuali; e si propone, al contrario, di fondare una ricostruzione sistematica della restituzione dell'azienda all'originario titolare che tenga in considerazione il fatto che con essa si realizza un'ipotesi di sostituzione imprenditoriale di carattere inverso, che può richiedere, a certe condizioni, l'applicazione analogica delle norme di cui agli artt. 2555 ss. c.c. L'indagine affronta, in particolare, il tema dell'intrinseca variabilità del valore del compendio produttivo che torna all'originario proprietario in considerazione della gestione effettuata – *medio tempore* – dal cessionario, e propone il riconoscimento di un indennizzo a carico del cedente o del cessionario in funzione, rispettivamente, dell'aumento o della diminuzione di tale valore al momento della retrocessione del bene. Sotto un altro profilo, indaga la disciplina dei rapporti pendenti (vale a dire contratti, crediti e debiti) che ineriscono all'azienda nel momento in cui si verifica tale circolazione di ritorno, proponendo soluzioni applicative che divergono, in parte, da quelle offerte dalla giurisprudenza in situazioni simili.

*This doctoral thesis aims to investigate the phenomenon of the restitution of the company, as a consequence of the sentence that declares the invalidity or the termination of the contract with which the company itself was originally sold. After some reflections on the so-called "progress" circulation from the original owner to the new purchaser and the effects (contractual and legal) connected to this alienation, the study focuses on the so-called "return" circulation, from the purchaser to the seller.*



*The study demonstrates the impossibility of applying to this phenomenon the rules on the repetition of undue payment (art. 2033 ss. Italian Civil Code), as a discipline that normally underlies the contractual restitution; and it proposes, on the contrary, to base a systematic reconstruction of the restitution of the company to the original owner that takes into account the fact that, with it, is realized a hypothesis of entrepreneurial replacement, which may require, under certain conditions, the analogical application of the rules in art. 2555 ss. Civil Code. In particular, the survey addresses the issue of the intrinsic variability of the value of the company which returns to the original owner in consideration of the management carried out – medio tempore – by the purchaser, and proposes the prevision of an indemnity to be paid by the seller or the purchaser depending, respectively, on the increase or decrease in such value at the time of the retrocession of the company. From another point of view, the study investigates the discipline of pending relationships (i.e. contracts, credits and debts) inherent to the company at the time when such return movement takes place, proposing problem solutions that are different, in part, from those offered by Italian case law in similar situations.*