

## ***Commenti alla giurisprudenza***

---

Tribunale Ordinario di Campobasso, Sezione Civile – Ordinanza del 21/05/2008, Giudice dott. Margherita Cardona Albini

FALLIMENTO-AZIENDA-AFFITTO D’AZIENDA ENDOFALLIMENTARE-INADEMPIMENTO DELL’AFFITTUARIO-GARANZIA FIDEIUSSORIA.

*L’inadempimento dell'affittuario nell'affitto d’azienda endofallimentare viene integrato non solo dal mancato pagamento dei canoni di locazione, ma anche dal contegno contrattuale dell'affittuario, contrassegnato dalla diffusa inerzia manifestata nel dare attuazione alle previsioni contrattuali, stante l’interesse della Curatela, quale rappresentante degli interessi della procedura fallimentare e dei creditori concorsuali, alla conservazione della capacità produttiva dell’azienda e del valore del marchio sul mercato.*

*In virtù di tali interessi si giustifica il contegno della Curatela, volto ad ottenere la risoluzione del vincolo contrattuale, prescindendo da una eventuale escussione preventiva della garanzia fideiussoria, la quale garantirebbe il solo adempimento relativo al versamento dei canoni di locazione e quindi una maggiore liquidità alla procedura, ma non assicurerebbe la salvaguardia del valore complessivo del bene azienda, compromesso dal contegno manifestato dall'affittuario nella gestione della stessa.*

### IL TRIBUNALE DI CAMPOBASSO

In composizione monocratica, in persona del dott. Margherita Cardona Albini ha pronunciato la seguente

#### ORDINANZA

nel procedimento cautelare n. 856/2008 RG, avente ad oggetto: provvedimento ex art. 700 c.p.c.

#### MOTIVAZIONE

Il Tribunale, letti gli atti, a scioglimento della riserva di cui all’udienza del 14.05.2008, osserva:

all’udienza fissata ex art. 669 *sexies* comma II c.p.c. si costituivano la società Pastificio la Molisana S.p.A., nonché la società Pastificio Carmine Russo S.p.A. quest’ultima con atto di intervento volontario.

La società Pastificio la Molisana S.p.A. contestava in rito l’ammissibilità del ricorso proposto ex art. 700 c.p.c. potendo nel caso specifico ricorrere soltanto un’ipotesi legittimante il provvedimento tipico di sequestro giudiziario. Deduceva, inoltre, l’inopponibilità ai terzi del provvedimento ottenuto *inaudita altera parte* per

---

non essere tra gli atti oggetto di iscrizione nel registro delle imprese e nel merito l'infondatezza delle ragioni esposte dal ricorrente nell'atto introduttivo del presente procedimento. Concludeva pertanto per la revoca del decreto con ogni conseguenza di legge.

Il Pastificio Carmine Russo S.p.A. aderiva alle difese della resistente evidenziando che la Curatela non aveva ritenuto di escutere la garanzia offerta da quest'ultimo come da contratto, preferendo inopinatamente procedere alla risoluzione contrattuale *de qua*. Inoltre, evidenziava il profilo processuale relativo alla qualità di litisconsorte del garante nel presente procedimento come nel giudizio di merito.

Orbene va subito chiarito che la qualità di fideiussore ovvero di coobbligato in via solidale all'adempimento delle obbligazione assunte dall'affittuario non legittima l'esistenza di un litisconsorzio necessario tra le odierne parti in causa.

Invero per giurisprudenza consolidata, appare indiscusso che «la relazione di accessorialità dell'obbligazione fideiussoria rispetto a quella principale non esclude la reciproca autonomia delle due obbligazioni e si traduce sul piano processuale nella non configurabilità del litisconsorzio necessario tra creditore, debitore principale e fideiussore, a meno che il giudice non ordini l'intervento in causa del fideiussore ai sensi dell'art. 107 c.p.c., nel qual caso si realizza una situazione di litisconsorzio necessario di tipo processuale, che produce i medesimi effetti di quello sostanziale» (Cass. 17 luglio 2002 n. 10400; Cass. 30 gennaio 1985 n. 579; Cass. 7 giugno 1974 n. 1709).

Pertanto, l'eccezione sul punto formulata va disattesa.

Andando ad analizzare le diverse questioni processuali e di merito poste dai resistenti va, in via del tutto preliminare, sottolineato che il giudice della cautela, a prescindere dal tipo di provvedimento urgente richiesto può, nell'esercizio del potere di qualificazione della domanda, identificare (tenuto conto della prospettazione del caso concreto) i presupposti della tutela invocata valutandone l'ammissibilità in base ai parametri offerti dal diritto processuale civile.

La scelta di una tutela cautelare atipica e la ritenuta ammissibilità della stessa nel caso di specie meritano alcune considerazioni iniziali. Invero, il ricorrente ha paventato il pregiudizio irreparabile derivante dall'attuale gestione dell'azienda da parte dell'affittuario manifestando l'intenzione, anche attraverso la prova dell'intervenuta autorizzazione all'esercizio provvisorio in sede fallimentare, di restituire all'organismo aziendale una identità imprenditoriale dinamica differente da quella finora consentita all'affittuario, volta a recuperare spazi sul mercato e credibilità nei confronti degli altri soggetti aventi rapporti commerciali con la Molisana Industrie Alimentari S.p.A.

Pertanto, il nodo centrale della questione appare essere lontano da una controversia sulla proprietà o al limite sul possesso dell'azienda, in quanto l'azione di inadempimento sottesa sarebbe del tutto vanificata nei suoi risultati se al

---

ricorrente non fosse riconosciuta in via del tutto anticipata una tutela sostanziale ed effettiva che concretizzi la possibilità di evitare i pregiudizi "irreparabili", considerata anche la delicata condizione concorsuale in cui versa la ricorrente, paventati in ricorso e difficilmente scongiurabili o surrogabili con una gestione neutrale del patrimonio aziendale.

Di qui l'esigenza per il Giudice investito dell'istanza cautelare di valutare l'utilità del provvedimento invocato o concedibile, comparato con le altre possibilità che l'ordinamento prevede in relazione al fatto prospettato, considerando la strumentalità e l'effettività della tutela come presupposti e limiti dell'emananda decisione.

Non esistono ragioni ostative di natura sostanziale o processuale alla tutela delle ragioni del contraente adempiente ed il compito dell'interprete è proprio quello di ricercare in ambito processuale le garanzie di concretezza della tutela del diritto sostanziale riconosciuto, in tale fase sommaria, in termini di *fumus*.

Pertanto, occorre, ad avviso di chi scrive, fuggire da ogni lettura formalista che inserisca delle limitazioni all'utilizzo dei procedimenti cautelari non necessitate dallo spirito o dalla lettera delle disposizioni processuali. Ciò conduce ad evitare un ricorrente equivoco, cioè che esistano ragioni dogmatiche o di sistema che possano giustificare una lettura restrittiva della misura cautelare atipica invocata; così non è, e le limitazioni possibili attengono proprio principalmente ai presupposti delle misure cautelari atipiche ed in particolare nel rapporto di strumentalità tra l'azione cautelare e la pronuncia di merito, nella sussidiarietà della misura e nell'esistenza del *fumus* e da quel *periculum in mora* riconducibile al pregiudizio grave ed irreparabile.

In altre parole, secondo la visione appena evidenziata l'idoneità a ricondurre il fatto specifico all'esigenza di un sequestro giudiziario piuttosto che all'esigenza di una tutela *ex art. 700 c.p.c.* non potrebbe essere il dato formale del richiamo all'azienda contenuto nel primo comma, ma il dato sostanziale che il sequestro si presenti come l'unica misura idonea ad utilmente conseguire il risultato invocato dal ricorrente.

Nel caso di specie, l'esame dei presupposti della tutela invocata ha condotto questo Giudice a ritenere che gli elementi sostanziali evidenziati dal ricorrente non avrebbero potuto essere efficacemente tutelati con uno strumento di cautela tipica quale il sequestro giudiziario.

Orbene, a prescindere dalla astratta invocabilità di tale rimedio anche quando la controversia non verta sulla proprietà o sul possesso ormai riconosciuta dalla giurisprudenza (Cassazione civile sez. I, 16 novembre 1994, n. 9645; Cassazione civile sez. II, 19 ottobre 1993, n. 10333; Cassazione civile sez. II, 28 aprile 1994, n. 4039; Cassazione civile sez. II, 19 ottobre 1993, n. 10333), ciò che rileva in questa sede riguarda il risultato cui dovrebbe mirare il provvedimento cautelare richiesto.

---

Quest'ultimo lungi dal dover mantenere cristallizzato lo stato della gestione attuale attraverso una gestione neutrale dell'azienda secondo l'impronta dell'affittuario dovrebbe garantire, in presenza del *fumus* e del *periculum* come analizzato nel decreto *inaudita altera parte* che in questa sede si richiama integralmente, la restituzione del complesso aziendale al locatore consentendogli scelte imprenditoriali caratterizzate da repentine e contingenti esigenze commerciali e del mercato secondo modalità non consentite al custode di un complesso produttivo sequestrato.

Inoltre, appare in tutta evidenza dagli atti di causa che la crisi di liquidità che caratterizza in tale momento la condizione dell'affittuario avrebbe reso particolarmente difficoltosa in concreto la gestione neutrale dell'azienda relativa in termini di scelte commerciali necessitate anche da tale circostanza.

Anche sotto il profilo della sussidiarietà va affermato che il parametro di giudizio per la scelta del procedimento adeguato al caso concreto riguarda la valutazione del risultato del ritardo che si vuole evitare. In altre parole se il danno che si vuole evitare è costituito dal rischio di non poter avere il bene all'esito del giudizio di merito apparendo opportuna una gestione e custodia temporanea dello stesso, questo pericolo dovrà e potrà essere scongiurato con il ricorso al sequestro giudiziario.

Al contrario se, come nel caso di specie è accaduto, si vuole ottenere altro dalla misura cautelare invocata diverso dalla conservazione della *res* fino alla fine del giudizio di merito, come ad esempio di utilizzarla secondo certe modalità all'interno di un processo produttivo che pur usuri il bene, la misura del sequestro giudiziario risulta inidonea al raggiungimento di un simile obiettivo.

Pertanto, la misura cautelare invocata e concessa *inaudita altera parte* deve ritenersi l'unica possibile nel caso di specie.

Passando ora al richiamo da parte del resistente alla procedura prevista dall'art. 41 della legge n. 428 del 1990 in via preliminare all'ipotesi del trasferimento d'azienda, va ricordato che la disciplina invocata si riferisce al trasferimento d'azienda di natura negoziale quale espressione dell'autonomia contrattuale dei contraenti e non riferibile ad ipotesi contenziose che sfocino, come nel caso di specie è accaduto, in provvedimenti giurisdizionali seppur di peculiare stabilità.

Per cui il richiamo a tale disciplina appare incoerente in questa sede e va disatteso. Con riferimento al problema sollevato dalla resistente in ordine alla impossibilità di dare pubblicità al trasferimento d'azienda coattivamente realizzato con il provvedimento d'urgenza emesso *inaudita altera parte* va rilevato quanto segue.

La natura atipica e sussidiaria del provvedimento in questione appare essere la prioritaria motivazione per la quale l'ordinamento giuridico non avrebbe potuto prevedere modalità tipiche e forme di pubblicità prefissate relative al provvedimento giurisdizionale cautelare il cui contenuto appare ricollegato ai parametri sopra evidenziati in assenza di schemi tipizzati.

---

Ciò posto, il limite evidenziato dalla resistente non involge profili sostanziali di efficacia ed operatività del contenuto del provvedimento in esame in quanto, ragionando a contrario, verrebbe a crearsi un *vulnus* di tutela per tutte quelle situazioni giuridiche presidabili con la cautela innominata e non rientranti negli atti di cui all'art. 2188 c.c.

Fatta tale premessa occorre analizzare le difese svolte dalla resistente nel merito evidenziando che la stessa ha addebitato la responsabilità della situazione di inadempienza venutasi a creare principalmente, tra le altre, a due ordini di ragioni: 1) il momento congiunturale sfavorevole del mercato per l'eccessivo lievitare del costo della materia prima; 2) la tolleranza da parte della Curatela di determinati comportamenti tenuti dall'affittuario nella conduzione del rapporto contrattuale ai quali facevano da contrappeso le garanzie offerte.

Orbene sotto il primo profilo, dall'esame della documentazione depositata agli atti si evince che anche a prescindere da tale circostanza esterna incidente sulla capacità di adempiere con regolarità alle obbligazioni assunte, il comportamento contrattuale dell'affittuario appare, in base all'istruttoria sommaria svolta, contrassegnato dalla diffusa inerzia manifestata nel dare attuazione alle previsioni contrattuali.

Invero, la necessità di ricorrere alla garanzia fideiussoria per i canoni di *leasing* da anticipare, il mancato assolvimento degli obblighi previdenziali in favore dei lavoratori (doc. allegata al fascicolo di parte ricorrente), la fornitura di pasta a credito nei confronti dell'odierna interveniente che oltre ad essere stata istituita dalle parti garante dell'intero rapporto contrattuale aggiudicato è successivamente divenuta debitrice diretta della ricorrente per importi non certamente trascurabili, la mancata manutenzione del complesso produttivo come documentata dalla ricorrente e non smentita documentalmente dalla resistente che si è limitata a negarne l'effettività quando avrebbe potuto provare, certificandoli, gli interventi manutentivi necessari, appaiono essere elementi sintomatici della situazione di pericolo paventata dalla ricorrente diversi dalla congiuntura economica sfavorevole che vi si sovrappone.

Ancora vanno segnalate le inadempienze maturate nei confronti della Bugnion S.p.A. ai fini della tutela del marchio documentate nel fascicolo di parte ricorrente e non smentite dalla nota di cui all'allegato 20 del fascicolo di parte resistente nella quale viene fissato un termine ultimo per adempiere entro il quale sarebbe venuta a maturare anche l'esposizione debitoria di mora accumulatasi.

Con riferimento al profilo della tolleranza manifestata dalla Curatela nei confronti dell'affittuario inadempiente va rilevato, quindi, che la stessa resistente ammette che la ricorrente ha sollecitato ed atteso un comportamento dimostrativo della capacità di far fronte all'interesse produttivo dell'azienda che, però, tardando ad essere riscontrato, avrebbe potuto inevitabilmente riverberare i suoi effetti sul delicato percorso del pastificio ben conosciuto ad entrambe le parti.

---

Con particolare riguardo alle difese svolte dalla società intervenuta va rilevato che la Curatela non aveva assunto obblighi di escussione preventiva della garanzia fideiussoria al fine di procedere alla intimata risoluzione anticipata prospettata dai contraenti senza la previsione di un termine da rispettare per la sua operatività.

Invero appare ragionevolmente presumibile che l'interesse paventato con il ricorso alla diretta ed immediata gestione del complesso aziendale sarebbe stato vanificato dai tempi di escussione della garanzia prestata da un soggetto che, peraltro, allo stato ha assunto in proprio anche debiti nei confronti della azienda oggetto di affitto come sopra evidenziato.

Invero, anche il richiamo che parte resistente fa all'art. 1454 c.c. censurando la mancata concessione dei quindici giorni previsti dalla norma in esame appare di scarso rilievo in questa sede in quanto la congruità del tempo, seppur esiguo, concesso dalla Curatela per l'adempimento dei molteplici obblighi assunti va parametrata ai ripetuti solleciti rivolti all'affittuaria in pendenza del rapporto contrattuale ed alla tolleranza affermata dalla stessa resistente Pastificio Molisana S.p.A., nella gestione delle inadempienze accumulate dall'affittuario fino al momento della operata risoluzione, facendo salvo ed impregiudicato ogni accertamento sul punto che dovrà essere demandato al giudice del merito nel procedimento eventuale a cognizione piena.

Con riferimento all'istanza di esibizione formulata dalla resistente relativamente a tutta la documentazione di sua pertinenza ancora giacente in azienda, ogni questione relativa va demandata all'esito dell'attuazione del provvedimento cautelare in considerazione delle operazioni di inventario e successiva determinazione dei beni o della documentazione da restituire all'affittuario come richiesto.

Il quadro probatorio appena evidenziato, non smentito da elementi processuali di senso contrario acquisiti all'esito del decreto *inaudita altera parte*, impone di ritenere sussistenti gli elementi del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* in esso evidenziati e che in questa sede si richiamano integralmente producendo la conferma del provvedimento emesso in data 28.04.2008. Le spese vanno liquidate secondo il criterio della soccombenza come da dispositivo che segue.

PER QUESTI MOTIVI

Il Tribunale di Campobasso, decidendo sulla domanda *ex art. 700 c.p.c.* promossa dalla Curatela Fallimento "La Molisana Industrie Alimentari S.p.A." nei confronti di Pastificio La Molisana S.p.A. e Pastificio Russo S.p.A. intervenuto così provvede:

- a) conferma il provvedimento emesso in data 28.04.2008;
- b) condanna parte resistente, nonché l'intervenuto Pastificio Russo S.p.A. al rimborso delle spese di lite relative alla presente fase liquidate in complessivi euro 2.227,58 di cui euro 227,58 per spese ed euro 1.200,00 per onorari ed 800,00 per diritti oltre IVA e CPA se dovute come per legge.

Così deciso in Campobasso il 21.05.2008

Si comunichi.

Il Giudice designato

dott. Margherita Cardona Albini

### Affitto d'azienda endofallimentare e *mala gestio* dell'affittuario.

1. L'ordinanza in commento presenta degli interessanti spunti di riflessione in merito all'inadempimento dell'affittuario in sede di affitto d'azienda endofallimentare. L'istituto, nonostante sia inserito nel contesto di una procedura concorsuale, che richiede per sua natura la presenza di regole di natura coattiva, ha pur sempre natura negoziale<sup>1</sup> e per tal ragione è sottoposto alle disposizioni dettate in materia contrattuale<sup>2</sup>. Sotto il profilo dell'inadempimento, quindi, in base a quanto disposto dall'art. 1618 c.c. in tema di contratto di affitto, la parte non inadempiente potrà chiedere la risoluzione del vincolo contrattuale in luogo della cessazione del rapporto, come previsto dall'art. 1015 c.c. in tema di usufrutto<sup>3</sup>.

Nella fattispecie in esame vengono in rilievo due profili di inadempimento: uno relativo al mancato pagamento dei canoni di locazione, l'altro, più complesso, relativo alla distratta e inerte gestione complessiva dell'azienda operata dalla società affittuaria. Proprio sotto questo secondo profilo può giustificarsi la scelta della Curatela di ricorrere allo strumento della risoluzione contrattuale in luogo dell'escussione della garanzia fideiussoria, in quanto la violazione dell'obbligo di gestire in maniera ottimale l'azienda fallita può costituire, in relazione allo scopo della procedura di assicurare la conservazione del complesso produttivo, un inadempimento grave ai sensi dell'art. 1455 c.c.

---

<sup>1</sup> Sulla validità della disciplina pattizia, v. Trib. Roma, 5 gennaio 1996, in *Fall.*, 1996, p. 402, ove si osserva che "l'affitto d'azienda anche nell'ipotesi in cui venga utilizzato un sistema idoneo ad assicurare al fallimento la più ampia possibilità di scelta del contraente [...] non può essere inquadrato nell'ambito delle regole dettate per il procedimento espropriativo ed, in particolare, dell'inadempienza, ma resta disciplinato dalle disposizioni dettate in materia contrattuale".

<sup>2</sup> È doveroso precisare che, nonostante sia generalmente ritenuto ammissibile il richiamo alle norme codicistiche in materia di affitto d'azienda (artt. 2652 ss. c.c.) e di usufrutto d'azienda (art. 2561 c.c.), integrate dalla disciplina generale in tema di affitto (artt. 1617 ss. c.c.), lo stesso non può prescindere da un preliminare controllo di compatibilità con i principi che informano la procedura. In tal senso, F. LICONTI, *L'affitto d'azienda del fallito*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, Padova, 2007, p. 427.

<sup>3</sup> In tal senso, F. FIMMANÒ, *Commento sub art. 104 bis l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. JORIO ed E. FABIANI, Torino, 2007, p. 1634.

2. L'obbligo, in capo all'affittuario, di porre in essere una gestione atta ad assicurare almeno il mantenimento dei complessi produttivi, trova giustificazione nella *ratio* sottesa all'istituto dell'affitto d'azienda. Finalità dell'istituto, infatti, è quella di garantire l'utile conservazione dell'impresa nella prospettiva della collocazione sul mercato dell'azienda ovvero di suoi rami, quale alternativa alla liquidazione atomistica<sup>4</sup>. L'affitto d'azienda si pone quale mezzo che, al fine di evitare ai creditori concorsuali un danno grave ed irreparabile derivante dall'interruzione dell'attività produttiva, mira a ripristinare o quanto meno a non peggiorare ulteriormente l'alterato rapporto tra costi e ricavi, per poi attuare, attraverso il mutamento della titolarità, la prosecuzione dell'attività imprenditoriale<sup>5</sup>.

Nella riformata procedura fallimentare, seppur volta, per sua stessa natura, alla liquidazione dei beni ed al riparto del ricavato netto tra i creditori, trova quindi spazio, oltre all'esercizio provvisorio dell'impresa, anche l'affitto d'azienda<sup>6</sup>, volto a realizzare la tutela dei valori di funzionamento dell'azienda,

---

<sup>4</sup> Così, testualmente, v. la Relazione governativa all'art. 104 bis l.f., p. 526. Sul punto cfr. anche A. PATTI, *L'affitto d'azienda*, in *Fall.*, 2007, p. 1088.

<sup>5</sup> Sul punto v. A. CAIAFA, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. DIDONE, Torino, 2009, p. 46.

<sup>6</sup> Precedentemente alla riforma, la legge fallimentare prevedeva soltanto il ricorso all'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito come strumento volto ad evitare la dispersione dei valori aziendali, ma da tempo la giurisprudenza aveva introdotto nella prassi lo strumento dell'affitto endoconcorsuale (per una puntuale casistica si veda P. PAJARDI, *Casi clinici di diritto fallimentare*, I, Milano, 1959, p. 69 ss.; F. DIMUNDO e E. CRISTIANI, *Affitto di azienda e fallimento*, in *Fall.*, 2003, p. 5).

La Relazione al Capo VII della nuova legge fallimentare evidenzia, infatti, che alcuni istituti sono stati elaborati sulla base di “[...]prassi virtuose poste in essere dai tribunali più attenti che da tempo adottano soluzioni liquidatorie che privilegiano la duttilità e la rapidità delle operazioni di cessione, cercando di superare le farraginose e poco efficienti norme sulle vendite, modellate sul sistema delle esecuzioni coattive individuali”. Tale inserimento, all'art. 104 bis l.f., è dovuto ad una nuova concezione dell'esecuzione forzata collettiva, ispirata alla necessità di un programma di liquidazione unitario che eviti la disgregazione dei cespiti e l'allocatione in blocco del complesso aziendale ancora potenzialmente produttivo di reddito. Prima della riforma, una parte della dottrina ravvisava il fondamento normativo del ricorso al contratto di affitto d'azienda nelle norme processualcivilistiche relative alle esecuzioni forzate, cui faceva richiamo il vecchio testo dell'art. 105 l. f. ( G.C. M. RIVOLTA, *Affitto e vendita d'azienda nel fallimento*, Milano, 1973, p. 20). A questo indirizzo si contrapponeva chi invece, ritenendo l'affitto d'azienda una forma di amministrazione e conservazione dei beni del fallito, individuava quale fondamento il vecchio art. 31 l. f., in tema di gestione del patrimonio acquisito all'attivo da parte degli organi della procedura: v. A. BASSI, *Riflessioni sull'affitto di azienda e sull'affitto di officio nel fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1982,



onde evitare una sua inefficiente disgregazione, nella prospettiva di una più proficua cessione della stessa.

I due istituti, sebbene in modo diverso, si pongono quindi nell'ottica dinamica del mantenimento di una condizione di efficienza e redditività dell'impresa, fino al momento della sua alienazione<sup>7</sup>. In virtù di queste finalità, l'art. 104 *bis* della legge fallimentare (di seguito l. f.) prevede l'adozione da parte del Curatore di misure e cautele nella gestione del rapporto contrattuale: sebbene lo stesso goda di ampia discrezionalità<sup>8</sup> in ordine alle procedure di scelta del contraente, essa deve essere subordinata alla sussistenza, prevista *ex lege*, di fattori legati non solo a criteri quantitativo-monetari, ma anche a criteri di carattere qualitativo, fondati sulla validità ed attendibilità del piano di prosecuzione dell'attività d'impresa<sup>9</sup>. Ancora, in fase di esecuzione del contratto, la legge prevede il rispetto di un contenuto negoziale minimo obbligatorio in deroga alle disposizioni civilistiche: si tratta, nello specifico, del diritto del Curatore di ispezionare in qualsiasi momento l'azienda, nonché dell'obbligo per l'affittuario di prestare idonee garanzie per le obbligazioni derivanti dal contratto. Dette previsioni, che garantiscono un controllo costante circa l'andamento dell'azienda fallita, mirano ad evitare quanto più possibile che una cattiva gestione da parte dell'affittuario possa ridurre il valore del bene, già acquisito all'attivo fallimentare, pregiudicando l'interesse dei creditori concorsuali a veder soddisfatto quanto più possibile il loro credito<sup>10</sup>. L'affitto d'azienda si pone quindi come uno strumento atto alla tutela degli interessi del ceto creditorio in forma privatistica<sup>11</sup>: mediante il passaggio dalle tradizionali tecniche di liquidazione atomistica concorsuali a

---

II, p. 327; B. QUATRARO e S. D'AMORA, *Il Curatore fallimentare*, Milano, 1990; L. PANZANI, *Affitto d'azienda e procedure diverse dall'amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 1998, p. 922; M. MASTROGIACOMO, *L'affitto d'azienda nel fallimento*, in *Fall.*, 1996, p. 943; F. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000, p. 76).

<sup>7</sup> Sul punto v. A. PATTI, *L'affitto d'azienda*, *cit.*, p. 1090.

<sup>8</sup> L'art. 238 l.f., infatti, prevede nuovi criteri di scelta del Curatore fallimentare basati su nuovi criteri (di ispirazione manageriale) rispondenti a mutate esigenze di competenza e professionalità.

<sup>9</sup> Il piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali rappresenta l'indice di un graduale ritorno alla redditività dell'azienda: deve quindi risultare congruente con l'obiettivo fondamentale dell'impresa ed in grado di realizzare un rilancio sul mercato della stessa, mediante finanziamenti da parte di soggetti terzi, ovvero mediante interventi di migioria, o attraverso l'acquisizione di nuova clientela. Sul punto cfr. A. PATTI, *L'affitto d'azienda e finanziamento dell'impresa fallita*, in *Fall.*, 2009, p. 76 ss.

<sup>10</sup> Sul punto si registra una tendenziale unanimità nelle opinioni dottrinali: F. LICONTI, *o.c.*, p. 425; F. FIMMANÒ, *o.c.*, p. 1630; M. FERRO, *La legge fallimentare*, Padova, 2008, p. 768; A. PATTI, *L'affitto d'azienda*, *cit.*, p. 1090.

<sup>11</sup> A. PATTI, *L'affitto d'azienda e finanziamento dell'impresa fallita*, *cit.*, p. 77.

---

tecniche negoziali competitive<sup>12</sup>, si assicura ai creditori concorsuali il raggiungimento di utilità apprezzabili. È giocoforza, quindi, il richiamo agli strumenti predisposti dalla disciplina codicistica per la regolamentazione degli eventi che possono interessare lo svolgimento e l'evoluzione del programma negoziale, quale, come nella fattispecie in esame, la risoluzione per inadempimento.

3. La *mala gestio* dell'affittuario ben può integrare un'ipotesi di inadempimento tale da giustificare il ricorso al rimedio della risoluzione del rapporto contrattuale. In particolare, determinante appare il riferimento al requisito dell'importanza dell'inadempimento dell'affittuario. La risoluzione, infatti, pur atteggiandosi come strumento utile alla tutela degli interessi della parte non inadempiente<sup>13</sup>, è vista dalla prevalente dottrina come *extrema ratio*<sup>14</sup>, data anche la sua efficacia retroattiva nei rapporti tra le parti, fatta eccezione per i diritti acquistati dai terzi e per le prestazioni già eseguite nei contratti ad esecuzione continuata o periodica. Per essere però l'inadempimento idoneo presupposto del rimedio risolutorio, l'art. 1455 c.c. richiede espressamente il requisito della gravità dello stesso.

L'importanza dell'inadempimento, quindi, deve trovare suo precipitato nell'esigenza della parte non inadempiente di sciogliersi dal contratto e va misurata secondo criteri<sup>15</sup> atti a dimostrare non solo il livello di insoddisfazione

---

<sup>12</sup> M. PERRINO, *Programma di liquidazione e tecniche di cessione in blocco*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 1096. Ne è indice l'obbligo per l'affittuario di formulare, unitamente al piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale, una proposta irrevocabile e garantita d'acquisto ed il suo speculare diritto di prelazione sull'acquisto, in sede di incanto, del complesso aziendale affittato: finalità delle previsioni è appunto quella di spronare l'imprenditore affittuario a porre in essere una gestione ottimale dell'impresa.

<sup>13</sup> C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 267: l'a. parla di un vero e proprio diritto potestativo del creditore, considerando che la sentenza, pur avendo efficacia costitutiva, altro non è che l'attuazione di un diritto del creditore. In senso contrario, v. T. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 202, il quale identifica la fattispecie come un'ipotesi di soggezione del soggetto passivo non ad un diritto potestativo della parte attiva del rapporto, bensì ad un diritto di quest'ultimo all'esercizio del potere giurisdizionale dello Stato. V. inoltre B. GRASSO, *o.c.*, p. 64, il quale individua nel potere risolutivo una specifica manifestazione del contenuto del rapporto consistente nel potere novativo di realizzare un interesse (quale l'acquisto della liberazione dall'obbligo) diverso da quello perseguito con la prestazione dovuta.

<sup>14</sup> C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 270; R. SACCO, *o.c.*, p. 606; M. G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, p. 293; T. AULETTA, *o.c.*, p. 421; F. NAPPI, *Sull'importanza dell'inadempimento ex art. 1455 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, I, p.121.

<sup>15</sup> Favorevoli al coordinato ricorso a criteri oggettivi e soggettivi A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. digesto*, XVI, Torino, 1959, p. 130 e M. R. SPALLAROSSA, *Importanza dell'inadempimento e risoluzione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II, p. 452.

---

dell'interesse del creditore, ma soprattutto la difficoltà di realizzazione di quell'interesse<sup>16</sup>.

Partendo da questo assunto può ben spiegarsi come la *mala gestio* dell'affittuario, nel caso in esame, può integrare un'ipotesi di inadempimento grave ex art. 1455 c.c.<sup>17</sup> Dall'art. 104 *bis* l. f. emerge un diritto-dovere dell'affittuario a gestire l'azienda in modo tale da valorizzarla. L'interesse della Curatela, nel caso di specie, non era tanto e solo quello di ricevere i canoni di locazione, bensì quello di salvaguardare il valore azienda da una possibile svalutazione dovuta alla cessazione dell'attività, valore messo a repentaglio dal contegno dell'affittuario. È gioco-forza, quindi, che si sia orientata verso lo strumento della risoluzione, dato atto della sua esigenza di sciogliersi quanto prima dal contratto onde evitare l'aggravarsi di una situazione già fortemente compromessa.

In altri termini, pur essendo prevista sempre quale ultimo rimedio, la risoluzione è parsa l'unico rimedio utile alla salvaguardia del valore azienda, data l'assenza di altro strumento di rapida e sicura realizzazione dell'interesse dedotto nel contratto: il ricorso al recesso ex art. 104 *bis* l.f. avrebbe rischiato di allungare i tempi di rientro del complesso aziendale nella disponibilità della Curatela<sup>18</sup>. Fondamentale è stata, nel caso di specie, anche la prova dell'intervenuta autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa ex art. 104 l.f., con la quale la Curatela si era comunque garantita la continuità nella realizzazione delle attività produttive.

---

<sup>16</sup>F. NAPPI, *o.c.*, p. 119; T. AULETTA, *op. cit.*, p. 420 (secondo l'Autore "il pregiudizio non deve essere facilmente eliminabile").

<sup>17</sup>R. SACCO, *o.c.*, p. 525. Si veda anche Cass., 5 gennaio 2005, n. 166 con nota di M. VENTRICINI, in *Giust. civ.*, 2006, 12, p. 2921.

<sup>18</sup>Il ricorso agli strumenti civilistici si giustifica anche dal fatto che, a prescindere da norme speciali dettate dalla particolarità della fattispecie, «il fallimento gode sempre, come minimo, della protezione di cui godono creditori e terzi sul terreno del diritto comune»: così Cass., 28 febbraio 2009, n. 2209, in *Diritto e pratica delle società*, 2001, 4, p. 46. Pur sussistendo infatti, in capo al Curatore, un diritto di recesso libero volto ad evitare che la sussistenza del contratto d'affitto crei ostacoli alla liquidazione dell'azienda, lo stesso non appare tuttavia metodo sicuro e vantaggioso. Bisogna tener conto, infatti, che, all'indomani della riforma, i primi commentatori hanno rilevato come la formulazione contenuta nell'art. 104 *bis* l.f. ponga molteplici questioni interpretative, soprattutto in presenza di un diritto di prelazione all'acquisto. Si veda, per tutti, F. FIMMANÒ, *o.c.*, p.1631, il quale auspicava l'inserimento della possibilità di far ricorso a clausole di scioglimento anticipato del contratto piuttosto che a un generico diritto di recesso.

---

4. In conclusione, l'affitto d'azienda ex art. 104 *bis* l. f. mira a salvaguardare il valore residuo dell'impresa con pochi rischi per la procedura<sup>19</sup> e, a differenza dell'esercizio provvisorio, individuato per lo più quale strumento di conservazione del valore azienda, è finalizzato in via principale ad una ottimale liquidazione della stessa. In tal senso sembra trovare giustificazione non solo la previsione della possibilità di una prelazione convenzionale all'acquisto del complesso aziendale, riconosciuta dall'art. 104 *bis* l.f. in capo all'affittuario<sup>20</sup>, ma anche la deroga alla disciplina generale di cui all'art. 2560 c.c.<sup>21</sup>. L'affitto d'azienda e l'esercizio provvisorio si differenziano, infatti, soprattutto per quanto riguarda l'imputazione del rischio inerente alla gestione dell'impresa: mentre nell'esercizio provvisorio lo stesso ricade sulla procedura e quindi indirettamente sul ceto creditorio, in caso di affitto il rischio ricade interamente sull'affittuario.

L'esperienza del Tribunale di Campobasso pone, tuttavia, in evidenza luci ed ombre dell'affitto d'azienda endofallimentare. Accolto favorevolmente dagli operatori del diritto, esso presenta l'innegabile vantaggio del mantenimento delle componenti produttive senza l'allocatione del rischio d'impresa in capo alla procedura. Tenuto conto della possibilità di sopravvivenza dell'azienda alla

---

<sup>19</sup> La stessa norma dispone infatti che i debiti contratti dall'affittuario in sede di esercizio dell'attività produttiva sono a questi interamente imputati, a differenza dell'esercizio provvisorio d'impresa, caso nel quale i debiti sono inseriti in prededuzione, con evidente svantaggio per i creditori concorsuali. Per un raffronto tra i due istituti, v. A. SPOLIDORO, *L'esercizio provvisorio: prime riflessioni operative*, in *Riv. dott. comm.*, 2007, p. 90.

<sup>20</sup> L'inciso di cui alla norma in esame pone fine ad una lunga *querelle* in tema di compatibilità tra il diritto di prelazione e le vendite coattive. Pur essendo presenti pronunce della Suprema Corte contrarie all'ammissibilità della prelazione in sede di vendita fallimentare (per tutte, Cass., 19 novembre 2003, n. 17523, in *Riv. not.*, 2004, p. 495, con nota di A. DI ZILLO), nella prassi, soprattutto relativa ad aziende socialmente rilevanti, e nelle previsioni di leggi speciali, si assisteva a privilegi previsti per soggetti dotati di particolari requisiti di meritevolezza, in presenza di determinate condizioni. In questi casi la giurisprudenza prevalente aveva parlato di istituti premiali (si veda, Cass., 5 maggio 2000, n. 5643, in *Dir. fall.*, 2000, II, p. 690, con nota di G. RAGUSA MAGGIORE; Cass., 12 febbraio 2004, n. 2576, in *Mass. foro it.*, 2004), sottolineando come la deroga al principio generale in materia di espropriazione forzata della parità di trattamento trovava sua giustificazione sotto il profilo finalistico dell'istituto, fermo restando l'incompatibilità oggettiva. La novella alla riforma ammette invece una clausola di prelazione, la quale è però sottoposta anche al parere favorevole del comitato dei creditori, per incentivare la gestione ottimale dell'azienda. Per le problematiche attinenti al piano strutturale, si veda F. FIMMANÒ, *o.c.*, p. 1646.

<sup>21</sup> Si legge infatti, nella Relazione governativa, *sub* art. 104 *bis* l. f., che la deroga «trova giustificazione nel bisogno di assicurare che i creditori anteriori, in funzione della cui tutela l'affitto è stato disposto, non vengano ad essere penalizzati dalla condotta dissennata dell'affittuario».

---

dichiarazione d'insolvenza, l'affitto d'azienda risulta strumento preferibile allo smantellamento della stessa finalizzato alla liquidazione atomistica dei complessi produttivi. La tutela dei valori di funzionamento dell'impresa consente infatti la più completa soddisfazione di tutti gli interessi coinvolti, sia quelli del ceto creditorio, sia quelli di rilevanza pubblicistica. Ma la tutela di tali valori, vantaggio derivante dal ricorso all'affitto d'azienda endofallimentare, non può prescindere dal contegno dell'affittuario, tanto che appare individuabile in capo allo stesso un preciso dovere di gestione ottimale dell'azienda. La riforma sembra aver tenuto conto di queste esigenze, prevedendo anche una fitta rete di controlli e di cautele in capo alla Curatela.

L'esperienza molisana ha tuttavia evidenziato che le previsioni dell'art. 104 *bis* l.f. non sempre sono idonee a scongiurare la *mala gestio* dell'imprenditore affittuario e ha nel contempo dato occasione di rivalutare l'istituto dell'esercizio provvisorio dell'impresa. Partendo dalla naturale attitudine di quest'ultimo a fungere da "giuntura d'emergenza", al fine di approdare successivamente a forme di gestione più stabili<sup>22</sup>, si può allora concludere che proprio il raccordo fra i due istituti può consentire di realizzare, di volta in volta, in base alle particolarità dei casi concreti, la tutela di tutti gli interessi coinvolti<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> F. FIMMANÒ, *o.c.*, p. 1620.

<sup>23</sup> Si vedano, tra tutte, App. Napoli, 29 settembre 1959, in *Dir. fall.*, 1959, II, p. 982; Trib. Monza, 14 febbraio 1992, in *Fall.*, 1992, p. 525; Trib. Roma, 5 gennaio 1996, in *Fall.*, 1996, p. 402; Trib. Milano, 8 gennaio 1996, in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 150. Per una puntuale casistica si veda P. PAJARDI, *Casi clinici di diritto fallimentare*, I, Milano, 1959, p. 69 ss.; F. DIMUNDO e E. CRISTIANI, *Affitto di azienda e fallimento*, in *Fall.*, 2003, p. 5