

INSOLVENZA DELLA SPA ED INCAPENZA DEI PATRIMONI DESTINATI

FRANCESCO FIMMANÒ

Sommario: **1.** Gli effetti del fallimento della SpA sullo specifico affare e sulla destinazione - **2.** Gli effetti sul patrimonio destinato. **3.** L'amministrazione e la liquidazione del patrimonio ad opera del curatore – **4.** L'incapienza del patrimonio destinato – **5.** L'inammissibilità di un autonomo fallimento – **6.** Il regime speciale introdotto dal legislatore – **7.** La violazione delle regole di separatezza - **8.** La liquidazione dei patrimoni destinati in sede fallimentare – **9.** La sorte delle diverse categorie di creditori – **10.** Il rendiconto finale.

1. Gli effetti del fallimento sulla destinazione e sull'affare

La riforma introduce, al capo XI del Titolo II, della legge fallimentare, rubricato *ex novo* <<dei patrimoni destinati ad uno specifico affare>>, la disciplina degli effetti del fallimento della S.p.A. istitutrice sui patrimoni, senza distinguere fra ipotesi di capienza o incapienza degli stessi (art. 155, 1. fall.) e la disciplina delle relative modalità di liquidazione solo in caso di *incapienza* in sede concorsuale, cioè di contemporanea insolvenza della società gemmante (art. 156, 1. fall.). Ciò benché la legge delega contemplasse l'istituto solo con riferimento agli effetti sui rapporti giuridici pendenti¹.

Esattamente al contrario il legislatore della riforma societaria si era limitato, con una buona dose di *parsimonia* rispetto alla legge delega, a prevedere in sostanza che le regole speciali di liquidazione si applicano *anche in caso di fallimento della società per azioni istitutrice*.

¹ Art. 6, lettera a), n. 7, ult. parte, legge 14 maggio 2005, n. 80.

In ogni caso il fallimento, e per analogia le altre procedure concorsuali² a carattere liquidatorio, non sono considerate dalla legge cause di *cessazione* della destinazione³ ma eventi che consentono l'applicazione delle regole della liquidazione⁴ che sono quelle della società, con le specifiche di cui ai primi tre commi dell'art. 2447-novies, c.c., in quanto compatibili con le regole del concorso, con le scelte degli organi della procedura e con l'evoluzione della stessa⁵.

La versione novellata del secondo comma dell'art. 2447-novies, c.c.⁶, conferma, infatti, la necessità di un *giudizio di compatibilità* tra regole specifiche di liquidazione della *cellula*, regole comuni di liquidazione della società di capitali *in quanto applicabili* e regole inderogabili della liquidazione concorsuale. D'altra parte se il legislatore avesse voluto considerare il fallimento una causa di cessazione necessaria dell'affare l'avrebbe espressamente detto e non si sarebbe limitato a sancire che “*in tali ipotesi (casi di cessazione convenzionale contenute nella delibera istitutiva) ed in quella di fallimento si applicano le disposizioni del presente articolo*”.

² GATTI, *Finanziamenti destinati e procedure concorsuali*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 245 s., si è posto il problema degli effetti del richiamo al solo fallimento nell'art. 2447-decies, 4^o co., c.c., seppure con riferimento ai finanziamenti dedicati ex art. 2447-bis lettera b), c.c.,.

³ Di avviso opposto prima della riforma: SCARAFONI, *I patrimoni di destinazione: profili societari e fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 72 s.; BONFATTI – CENSONI, *Manuale del diritto fallimentare*, Padova, 2004, 182; MENICUCCI, *Patrimoni e finanziamenti destinati: responsabilità e tutela dei creditori e dei terzi*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 228; GUIZZI, *Patrimoni separati e gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 651.; DE SENSI, *Patrimoni destinati e procedure concorsuali*, 2005 in www.luiss.it; LOCORATOLO, *Patrimoni destinati e insolvenza*, Napoli, 2005, 176; COMPORTI, *Art. 2447 bis*, in *La riforma delle società, la società per azioni*, a cura di SANDULLI e SANTORO, tomo II, Torino, 2003, 1013 (per il quale la disposizione sarebbe in linea con l'art. 77, l.fall., che prevede che il contratto di associazione in partecipazione si scioglia per fallimento dell'associante). Secondo BOZZA, *Patrimoni destinati*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, Tomo VII, Milano 2003, 143, invece, l'impossibilità di portare a termine l'affare può essere determinata anche da una situazione d'insolvenza che, impedendo ulteriore credito e rifornimenti di beni e servizi, blocchi la prosecuzione dell'attività (nello stesso senso D'AMBROSIO, *I patrimoni di destinazione nell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 550).

⁴ Non viene “fissata una esplicita equivalenza tra i casi di cessazione della destinazione e il fallimento della società, ma si dà a questi eventi una disciplina comune, imponendosi l'applicazione del primo, secondo e terzo comma dello stesso art. 2447-novies, c.c.,” (VINCRE, *Patrimoni destinati e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 129).

⁵ In tal senso GIANNELLI, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, tomo II, Napoli 2004, 1272, per il quale il fallimento non è causa di cessazione automatica del patrimonio separato, alla stregua, cioè, di un'ipotesi tipica di impossibilità di realizzazione dell'affare, data la possibilità della sopravvivenza dell'organizzazione sociale all'apertura della procedura e di esercizio provvisorio dell'impresa (in modo conforme FAUCEGLIA, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Fall.*, 2003, 814).

⁶ Il nuovo testo della disposizione (come introdotto dall'art. 20 d.lgs. 28 dicembre 2004 n. 310) recita “Nel caso in cui sono state integralmente soddisfatte le obbligazioni contratte per lo svolgimento dello specifico affare cui era destinato il patrimonio, i relativi creditori possono chiederne la liquidazione mediante lettera raccomandata da inviare alla società entro novanta giorni dal deposito di cui al comma precedente. *In tale caso, si applicano esclusivamente le disposizioni sulla liquidazione della società di cui al capo VIII del presente titolo, in quanto compatibili*”. Come si vedrà di seguito la norma, come spiega la relazione governativa, produce anche l'esonerazione del patrimonio separato da autonome procedure concorsuali.

Da questo angolo visuale è abbastanza chiaro che la sentenza dichiarativa dell'insolvenza della s.p.a. non comporta direttamente l'attrazione delle attività e delle passività costituenti il patrimonio destinato alla massa fallimentare, in quanto continuano gli effetti della separazione, di modo che i creditori generali potranno concorrere solo sull'eventuale residuo⁷. In pratica le due masse restano separate⁸, la eventuale fase di liquidazione del patrimonio viene disciplinata secondo le dinamiche che vedremo più avanti e, infine, se residuano beni o ricavato dagli stessi rispetto alla soddisfazione dei creditori dell'affare, venuta meno la ragione della loro separazione, vengono soltanto allora acquisiti dalla procedura.

Tale scelta del legislatore fa riemergere una concezione *a soggetto* secondo la quale l'insolvenza va riferita appunto all'imprenditore, da considerarsi pur sempre unitario. Concezione che tuttavia non può certo giustificare la conclusione secondo cui l'incapienza del patrimonio separato determinerebbe il fallimento della società *gemmante*⁹.

L'art. 2447-novies, ult. comma, c.c., stabilisce solo che nel caso di fallimento della società "si applicano le disposizioni del presente articolo", senza nulla aggiungere in ordine ai profili *conservativi e gestionali del concorso*. E tuttavia costituisce un dato oggettivo che, in materia fallimentare, la fase liquidatoria dell'attivo è regolata da disposizioni proprie, strutturate sulla necessità di garantire, appunto, la gestione officiosa della procedura¹⁰.

⁷ Si veda in proposito DE ANGELIS, *Dal capitale leggero al capitale sottile*, »: *si abbassa il livello di tutela dei creditori*, in *Soc.*, 2002, 1463, il quale per primo ha ritenuto che si debbano formare due masse distinte attive e passive, relative l'una al patrimonio, l'altra alla società.

⁸ La separazione delle masse attive e passive nella fase patologica della società è già stata utilizzata dal legislatore in tema di società di intermediazione mobiliare sin dall'originaria formulazione della legge n. 1 del 1991 e del decreto Eurosim (mi permetto di rinviare a FIMMANO, *Decreto Eurosim: la disciplina delle crisi*, in *Soc.*, 1996, 1035 s.), e nel D. Lgt. n. 270/1999 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi con riferimento all'estensione della procedura e dovrebbe essere la conseguenza naturale in caso di fusione o scissione cui partecipano società soggette a procedura concorsuale. Nello stesso senso cfr. anche COLOMBO, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati: prime considerazioni*, in *Banca, borsa*, 2004, 43; ARLT, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, in *Contr. Impr.*, 2003, 351.

⁹ Al fine di giustificare l'estensione soltanto unilaterale dell'insolvenza, che infatti (fatti salvi i casi di responsabilità illimitata) potrebbe trasmettersi, secondo una certa impostazione, da società a patrimonio ma non da patrimonio a società, si è fatto in dottrina ricorso ad un concetto di intensità del legame tra soggetto e patrimonio, che sarebbe appunto più intenso nel caso di rapporto società\patrimonio generale, e meno intenso nel caso di rapporto società\patrimonio destinato (così D'ALESSANDRO, *Le linee generali della riforma*, in atti convegno di studio su "Diritto societario: dai progetti alla riforma", Forum di Courmayeur, 27-28 settembre 2002, 10).

¹⁰ L'art. 204 del vecchio schema di D.d.l. di riforma delle procedure concorsuali (alaborato dalla Commissione istituita con d.m. 27 febbraio 2004, c.d. *Trevisanato ristretta*, in *Fall.* 2004, supplemento al n. 8, 41 s.), prevedeva che "Se la società, che ha costituito uno o più patrimoni destinati che non versano in situazione di crisi o di insolvenza, accede alla procedura di composizione concordata della crisi, il piano previsto dall'articolo 15, secondo comma n. 4, deve contenere specifiche disposizioni in merito alla gestione

2. Gli effetti del fallimento sul patrimonio destinato

In dottrina, secondo una prima impostazione¹¹ precedente alla riforma, in caso di fallimento della SpA il patrimonio separato non dovrebbe essere coinvolto nella liquidazione concorsuale¹². Le controindicazioni a questa tesi sono speculari a quelle sull'assoggettabilità del patrimonio in quanto tale alla procedura concorsuale che analizzeremo più avanti.

Una seconda impostazione invece faceva emergere che, considerati i principi dell'*universalità e della concentrazione* della procedura, in virtù dei quali quando viene dichiarato il fallimento della società vengono attratti tutti i rapporti giuridici facenti capo al fallito, i beni destinati dovrebbero subire eguale apprensione¹³ con la confusione di masse, o secondo alcuni nel rispetto della segregazione¹⁴. L'estensione potrebbe essere spiegata in virtù di una concezione *oggettiva*, riferita al patrimonio appunto e non all'imprenditore, per cui l'insolvenza della società sarebbe insolvenza di

e all'eventuale cessione a terzi del patrimonio destinato. In ogni momento il Tribunale può affidare al Commissario giudiziale la gestione del patrimonio destinato allo specifico affare se tale scelta appare opportuna ai fini della regolazione della crisi o dell'insolvenza della società". L'art. 205 sanciva, poi, che "Se è aperta la procedura di liquidazione concorsuale nei confronti della società e il patrimonio destinato non è insolvente, l'amministrazione del patrimonio destinato è attribuita al curatore che vi provvede realizzando una gestione separata. Il Curatore gestisce l'affare e provvede alla cessione a terzi dello stesso per conservarne la funzione produttiva. Se la cessione non è possibile il curatore provvede alla liquidazione del patrimonio secondo le regole della liquidazione della società. Il prezzo della cessione al netto dei debiti del patrimonio ed il residuo attivo della liquidazione sono acquisiti dal curatore della procedura della società. Se nel corso della gestione il curatore rileva che il patrimonio destinato è divenuto insolvente presenta ricorso ai sensi dell'art. 41 per l'apertura della procedura di liquidazione concorsuale, fatta salva la facoltà della società di depositare la dichiarazione di crisi ai sensi dell'articolo 15". A norma dell'art. 206, infine, "Il tribunale nomina distinti commissari giudiziali o curatori se la procedura di composizione concordata della crisi o di liquidazione concorsuale riguarda sia la società che il patrimonio destinato, il tribunale può nominare il medesimo curatore nel caso previsto dall'articolo 204 ultimo comma. La composizione del consiglio dei creditori della procedura relativa alla società deve essere diversa da quella della procedura del patrimonio destinato".

¹¹ In linea con l'affermazione della tendenziale assoggettabilità a fallimento del patrimonio destinato in quanto tale senza la necessaria ripercussione sulla società (D'ALESSANDRO, *oloc. ult. cit.*, il quale tuttavia aggiunge che in alcune fattispecie concrete non si potrebbe concepire un dissesto del patrimonio che non sia anche un dissesto del suo titolare, visto che se la crisi colpisce un affare rilevante si tradurrà nel fallimento della società e del suo patrimonio generale).

¹² In tal senso anche FRASCAROLI SANTI, *Prime riflessioni sugli effetti della riforma societaria sulle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 70.

¹³ BOZZA, *Patrimoni destinati cit.*, 153; DE ANGELIS, *Dal capitale leggero etc. cit.*, 1463 e ss. Secondo SPADA, *Responsabilità patrimoniale e articolazione del rischio*, (relazione per il Convegno *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, Imperia, 26 – 27 settembre 2003, 5) la prospettiva universalistica dell'art. 2740 c.c. e della vigente legge fallimentare impedirebbe, nonostante la possibilità di imputare al medesimo soggetto più comportamenti imprenditoriali distinti, l'assoggettamento alla procedura concorsuale limitatamente ad una sola articolazione del patrimonio di un debitore risultante *in bonis* per ciò che concerne i comparti serventi gli ulteriori comportamenti imprenditoriali.

¹⁴ DE ANGELIS, *o ult. cit.*, 146; FAUCEGLIA, *o cit.* 814; CARRIÈRE, *Il leveraged financing e il project financing alla luce della riforma del diritto societario: opportunità e limiti*, in *Riv. soc.*, 2003, 1036; ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2004, 40 s.

quell'attività imprenditoriale di cui comunque fa parte l'affare cui il patrimonio è destinato¹⁵.

In ogni caso, lo *spossessamento* che consegue al fallimento rende difficile se non impossibile ipotizzare che la continuazione della gestione aziendale sia rimessa agli organi della società¹⁶. L'eccezione rappresentata dall'art. 46, l. fall., trova, infatti, il proprio fondamento nella necessità di non privare il fallito dei beni strettamente necessari al mantenimento proprio e della propria famiglia “ed in quest'ottica sembra potersi spiegare pure la sottrazione dei beni costitutivi del fondo patrimoniale dall'attivo fallimentare; l'esigenza di preservare i bisogni primari del fallito e dei suoi congiunti sembrerebbe prevalere sulla regola dell'universalità del concorso. La legge fallimentare, in sostanza, pur riconoscendo che alcuni beni del fallito possano sottrarsi all'esecuzione collettiva costituendo un patrimonio distinto, non avrebbe potuto spingersi oltre: al di là dei beni e delle utilità strettamente necessari (peraltro modellati e strutturati sulla figura dell'imprenditore individuale più che sugli enti), non sono previste esclusioni che possano indurre l'interprete ad ipotizzare una salvezza dei beni del patrimonio destinato, caratterizzati da una intrinseca rilevanza economica”¹⁷.

D'altra parte “lo *spossessamento* del debitore deve spiegarsi come un *fenomeno di separazione del patrimonio*. Dal momento della dichiarazione di fallimento si viene a separare il patrimonio del fallito che costituisce la garanzia comune dei creditori da quello che è il suo patrimonio personale, ed il primo viene destinato al soddisfacimento dei creditori esistenti. La separazione, anzi, sarebbe una conseguenza della destinazione: appunto perché il patrimonio viene destinato al soddisfacimento dei creditori esistenti, esso viene a separarsi dal restante patrimonio del debitore e, pur restando nella titolarità del medesimo, il patrimonio è soggetto solo a quelle modificazioni giuridiche che sono compatibili con la destinazione impressagli. Non è nuovo che uno stesso soggetto abbia più masse patrimoniali separate: l'erede con il beneficio d'inventario ne è un esempio, ed in cui pure si ha una separazione a scopo di liquidazione. Ora, qui la

¹⁵ MANFEROCE, *Soggezione alle procedure concorsuali dei patrimoni dedicati*, in *Fall.*, 2003, 1248.

¹⁶ Secondo una certa dottrina il fallimento della società non comporta, limitatamente ai beni compresi nel patrimonio destinato, gli effetti di *spossessamento* previsti dall'art. 42, l. fall., e solo dà luogo ad una liquidazione separata del patrimonio. Questo sarebbe il senso dell'affermazione contenuta nell'ultimo comma della norma cioè, che, in caso di fallimento della società “si applicano le disposizioni del presente articolo” (GIANNELLI, *Dei patrimoni destinati cit.*, 1272). Qualcuno, invece, ha affermato che la continuazione a cura degli organi sarebbe in linea di principio perseguibile visto che l'art. 2484, c.c., non prevede più il fallimento tra le cause di scioglimento della società per azioni e, dunque, gli organi sociali continuano a sussistere durante la procedura concorsuale (CAIAFA, *Il Patrimonio destinato. Profili lavoristici e fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 724).

¹⁷ LOCORATOLO, *ult. cit.*, 179.

separazione è analoga: solo che la separazione avviene per legge, in forza della sentenza dichiarativa di fallimento”¹⁸.

In realtà l’inciso di cui all’art. 2447-decies, terz’ultimo comma, c.c., (“*se il fallimento impedisce la realizzazione o continuazione dell’operazione.....*”) ¹⁹, valido, a nostro avviso, anche per la fattispecie del patrimonio “industriale” conferma che il fallimento della società non è affatto incompatibile con la prosecuzione dell’affare, che nei limiti del possibile e dell’utile può essere portato a termine ²⁰ a meno che non si siano create condizioni di impossibilità o inopportunità di realizzazione o continuazione, anche per effetto della declaratoria di insolvenza (o a prescindere dalla stessa). Non possiamo condividere quindi l’impostazione di chi afferma che, in caso di fallimento chiesto dall’imprenditore, è lui stesso a provvedere al deposito del rendiconto finale presso il registro delle imprese (che andrebbe effettuato, a norma dell’art. 14 della legge fallimentare, anche presso il tribunale competente per la dichiarazione di insolvenza, unitamente al deposito delle scritture contabili) e invece, laddove il fallimento venga dichiarato su istanza dei creditori o d’ufficio, a tali incombenze dovrebbe provvedere il curatore in applicazione estensiva degli artt. 86, ult. co., e 89, 1. fall., ²¹. Se infatti il fallimento non è causa di cessazione dell’affare, il rendiconto andrà depositato *solo se e quando il curatore riterrà di dare luogo alla liquidazione del patrimonio destinato allo specifico affare.*

¹⁸ FERRARA JR., *Il Fallimento*, Milano, 1995, 317.

¹⁹ L’art. 2447-decies, 6^o co., c.c., utilizza peraltro il termine *operazione*, invece di *affare*, sancendo che se il fallimento della società impedisce la realizzazione o la continuazione dell’operazione cessano le limitazioni di cui al comma precedente, ed il finanziatore ha il diritto di insinuazione al passivo per il suo credito, al netto della somme di cui ai commi terzo e quarto”. Si è ritenuto che nella fattispecie si tratti di un mero mutamento di lessico senza conseguenze sul piano dell’individuazione del possibile oggetto del finanziamento (CARRIÈRE, *o cit.*, 1007, n. 18; VINCRE, *o cit.*, 141, n. 54).

²⁰ Secondo un diverso orientamento in caso di insolvenza del patrimonio destinato non debbono supporre automatismi nel presumere l’insolvenza della società; andrà comunque “accertato che lo specifico affare consista in un’attività imprenditoriale; in linea di principio può ritenersi che possa essere ammissibile il principio dell’applicazione della procedura concorsuale tante volte quante siano le distinte condotte individuali, ove ricorra una destinazione patrimoniale a scopo imprenditoriale opponibile ai creditori. Tuttavia alla regola “tante classi di creditori, tante procedure concorsuali” ostano le più importanti norme della legge fallimentare, quali ad esempio quelle sugli effetti (patrimoniali e personali) del fallimento verso il debitore, quelle sulla custodia e sull’amministrazione delle attività fallimentari. In fatto, è impossibile sradicare l’architettura della legge fallimentare del 1942 da due principi - universalità della garanzia patrimoniale e *par condicio creditorum* - che il nostro ordinamento va sempre più marginalizzando” (così SALAMONE, *Sui patrimoni destinati a specifici affari*, in AA.VV., *Profili patrimoniali e finanziari*, Atti del Convegno di Cassino, 9 ottobre, 2003, a cura di MONTAGNANI, Milano 2004, 111.

²¹ VINCRE, *o cit.*, I, 130.

3. L'amministrazione e la liquidazione del patrimonio ad opera del curatore

L'apertura della procedura concorsuale produce, dunque, il semplice *spossessamento*, sicché l'amministrazione del patrimonio è sottratta agli amministratori ed è affidata al curatore fallimentare, che provvederà alla gestione separata, *eventualmente dinamica* (cioè alla prosecuzione dell'affare) con lo strumento dell'*esercizio provvisorio*²² con tutti i presupposti e le cautele previste dalla legge.

In verità c'è chi dalla lettera della norma, che parla di "amministrazione del patrimonio destinato" anziché di svolgimento dello specifico affare, deduce che al curatore sarebbe attribuito il solo compito della amministrazione "conservativa" del patrimonio, preservandone, da un lato, la separazione e, dall'altro, la funzione produttiva. Non rientrerebbe, invece, tra i compiti del curatore (per lo meno, tra quelli previsti dall'articolo) *quello della continuazione dello svolgimento dell'affare*, per il quale un eventuale esercizio provvisorio sarebbe richiesto ai sensi dell'art. 104. Ciò si desumerebbe peraltro anche "dal secondo comma dell'art. 155, 1. fall., ove è demandato al terzo, cessionario del patrimonio, la prosecuzione dell'attività in modo tale da conservare la funzione produttiva del patrimonio"²³.

Orbene è condivisibile che, di regola, il curatore potrà limitarsi ad una conservazione dinamica e che in ogni caso la sua attività deve essere funzionale alla cessione a terzi al fine di conservare la funzione produttiva della *cellula*, tuttavia come accade per il patrimonio generale, non si può ritenere preclusa (e di certo le nuove norme non lo precludono), che *in via temporanea* e nell'interesse della più proficua realizzazione dell'attivo, laddove il patrimonio destinato all'affare abbia una compiuta connotazione aziendale e laddove sia necessario od opportuno, si ricorra agli strumenti di gestione provvisoria previsti dall'art. 104 e 104 *bis*, 1. fall.,.

L'effetto eventuale ed ulteriore del fallimento della società istitutrice è quello *della cessazione dell'affare*, che però è subordinata ad un preliminare e necessario accertamento dell'impossibilità o dell'*inopportunità* della continuazione.

²² In tal senso cfr. anche CIAMPI, *Patrimoni e finanziamenti destinati in rapporto con le regole del concorso fallimentare*, in *Soc.*, 2004, 1215, per cui il fallimento della società non comporta necessariamente l'immediata liquidazione dei beni che costituiscono il patrimonio destinato, ben potendo questi ultimi costituire oggetto di esercizio provvisorio disposto dal tribunale fallimentare.

²³ Così COMPORZI, *Articolo 155*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di NIGRO – SANDULLI, in corso di pubblicazione, 8 del dattiloscritto.

Guardando per analogia alla società interamente controllata, il curatore della controllante ha l'opzione fra la vendita della partecipazione e la sua messa in liquidazione. Nel primo caso il fallimento della controllante non ha alcuna ripercussione sulla controllata. Ma anche in caso di messa in liquidazione è possibile, in funzione del miglior realizzo, la cessione del complesso aziendale²⁴. D'altra parte se fra le modalità di liquidazione dell'attivo fallimentare è compresa, adesso per espressa previsione normativa²⁵, la cessione dell'azienda *e di beni e rapporti in blocco* e se, di regola, la stessa nel fallimento ha ad oggetto soltanto l'attivo²⁶, nel caso della *cellula*, stante la sua destinazione al soddisfacimento prioritario dei debiti relativi all'affare, non esistono preclusioni alla cessione di beni e rapporti contenuti nel compendio²⁷. In questo modo la separazione dovrebbe *resistere* nel patrimonio dell'acquirente, in applicazione della disposizione dell'art. 2447-novies, comma 3, c.c., in forza della quale sono comunque salvi i diritti dei creditori previsti dall'art. 2447-quinquies, c.c.,.

Il richiamo di cui all'ultimo comma dell'art. 2447-novies, c.c., ai commi precedenti non deve essere quindi letto nel senso che con la procedura si apre la liquidazione volontaria dei beni separati. Ciò sarebbe incompatibile con la prevalenza che il nostro ordinamento attribuisce alle regole concorsuali rispetto alla procedura liquidatoria²⁸. Il richiamo va riferito soltanto al mantenimento della garanzia dei creditori del patrimonio.

Il riferimento contenuto nell'art. 2447-quinquies, ult. comma, c.c., alla liquidazione va interpretato come epifanico della volontà del legislatore di

²⁴ Secondo quanto statuisce l'art. 2487, 1° co., lett. c), c.c.,.

²⁵ Art. 105, l. fall., (*Vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco*).

²⁶ Mentre i debiti, in deroga all'art. 2560, c.c., rimangono soggetti a regolazione concorsuale. L'art. 105, 4° co., l. fall., dispone che *“salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento”* eccezion fatta per quelli derivanti da rapporti di lavoro ex art. 2112, c.c., (al riguardo mi permetto di rinviare a FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000).

²⁷ Anzi il nuovo art. 105, 5° co., l. fall., prevede espressamente che *“il curatore può procedere altresì alla cessione delle attività e delle passività dell'azienda o dei suoi rami, nonché di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco, esclusa comunque la responsabilità dell'alienante prevista dall'art. 2560 del codice civile”*.

²⁸ In dottrina vi è chi sostiene che la liquidazione del patrimonio separato, ancorché debba sempre ricevere impulso dall'iniziativa dei creditori particolari, non possa che ispirarsi a forme di liquidazione concorsuale, poiché diversamente si realizzerebbe una disparità di trattamento tra i creditori sociali, che dovrebbero sottostare alle regole del concorso, ed i creditori particolari, che nonostante il fallimento della società avrebbero diritto alla liquidazione del patrimonio riservato alla loro garanzia secondo le regole ordinarie della liquidazione societaria, creandosi così una differenza che non troverebbe giustificazione alcuna nella «destinazione» dei beni oggetto della liquidazione alla esecuzione del singolo affare, poiché detta destinazione cesserebbe a seguito del fallimento della società di gemmazione (BOZZA, *o cit.*, 155 s.). Per contro, altra dottrina, pur ammettendo la necessità che il curatore addivenga alla creazione di due distinte masse patrimoniali, tuttavia nega l'applicabilità al patrimonio separato delle regole del concorso collettivo. (MANFEROCE, *o loc. ult. cit.*).

richiamare, più che la tecnica e le modalità di liquidazione, il principio di fondo della *liquidazione separata* dei beni destinati al singolo affare ai fini del soddisfacimento delle obbligazioni relative allo stesso. Il principio dedotto nel riferimento dispositivo non rileva tanto in sede di liquidazione in senso proprio²⁹, quanto *in sede di riparto*, come avviene ad esempio per i crediti assistiti da *garanzie reali*. In questi termini, liquidato l'attivo, la ripartizione del ricavato della vendita dei beni precedentemente compresi nella cellula deve essere necessariamente attuata al fine di realizzare il soddisfacimento dei diritti dei creditori *particolari* per obbligazioni contratte dalla società fallita per lo svolgimento dell'affare.

La liquidazione del patrimonio destinato avviene ad opera del curatore senza le prerogative normalmente derivanti dalla funzione e quindi secondo le regole previste per la liquidazione della società di capitali "applicabili in quanto compatibili"; e perciò potrà essere effettuata con i criteri espressamente *contemplati* dall'art. 2487, 1° comma, lett. c) c.c.³⁰, anche mediante *l'esercizio provvisorio dell'affare* (questa volta nella *versione civilistica* e non fallimentare dell'istituto)³¹ in funzione del migliore realizzo

²⁹ Tenuto conto che questa, nel fallimento, seguirà comunque la procedura stabilita, a livello unitario, dagli artt. 104 e ss., l. fall., con mera distinzione oggettiva tra beni mobili e beni immobili.

³⁰ La disposizione parla dei "criteri in base ai quali deve svolgersi la liquidazione; i poteri dei liquidatori, con particolare riguardo alla cessione dell'azienda sociale, di rami di essa, ovvero anche di singoli beni o diritti, o blocchi di essi; gli atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, ivi compreso il suo esercizio provvisorio, anche di singoli rami, in funzione del migliore realizzo" (sul tema mi permetto di rinviare a FIMMANÒ – ESPOSITO - TRAVERSA, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, Milano, 2005, 174 s.). Ci si è chiesto in ordine ai poteri ed alla responsabilità dei liquidatori del patrimonio separato in caso di fallimento della società, se alla liquidazione dovranno provvedere gli organi fallimentari e se agli stessi compete la nomina del liquidatore, dovendosi escludere che tale nomina possa spettare all'assemblea dei soci (MANFEROCE, *o cit.*, 1249).

³¹ Il legislatore parla di "*esercizio provvisorio*", sicché è necessario interrogarsi sul valore da attribuire al concetto di "*provvisorietà*" ed in particolare sull'ambito temporale nel quale può spaziare il detto esercizio. Ambito temporale che può essere stabilito specificamente ovvero ancorato ad un determinato evento costituito ad esempio dalla esecuzione di un contratto o di un affare, ovvero ancora dalla ricerca di un potenziale acquirente dell'azienda e così via. Il riferimento temporale potrebbe, poi essere anche superiore ad un esercizio come si desume implicitamente dal fatto che i bilanci di liquidazione devono dare conto separatamente, in termini di rappresentazione contabile, della situazione differenziata. Recita, infatti, l'art. 2490, comma 5, c.c. "...quando sia prevista una continuazione, anche parziale, dell'attività di impresa, le relative poste di bilancio devono avere una indicazione separata...". La provvisorietà, tuttavia, è sempre necessaria in quanto insita nel fatto che la gestione debba essere limitata ad un periodo di tempo utile e circoscritto ad una rapida liquidazione visto che questa deve chiudersi nel minore tempo possibile. Tale circostanza impone un limite all'operato del liquidatore che – se da una parte può compiere qualsiasi atto di valorizzazione dell'azienda – dall'altro non può impegnarsi in programmi di lungo periodo, salvo che questi servano a valorizzare il complesso aziendale nella consapevolezza di una imminente cessione dello stesso. La indicazione in esame costituisce, quando la società è *in bonis*, una istruzione che i soci attribuiscono ai liquidatori e che questi sono tenuti a rispettare, sicché si pone, in tema di rapporti tra i soci ed i liquidatori, l'indagine in merito alla natura vincolante delle cc.dd. "istruzioni". In questi termini allora, nel caso i liquidatori abbiano ricevuto l'indicazione precisa di dovere continuare l'attività di impresa, devono attenersi a tale istruzione nei limiti sanciti dalla delibera o dell'atto

e della successiva alienazione coattiva della *cellula* costituita da attività e passività ovvero dalla liquidazione frazionata od in blocco di beni o diritti.

La cessione a terzi deve essere disposta in ogni caso, a norma dell'art. 107, 1. fall., con decisione del curatore, eventualmente previa rappresentazione nel programma di liquidazione di cui all'art. 104-ter, 1. fall.,.

La ripartizione del ricavato rispetterà le regole della separazione, con i limiti e le specifiche previste dalla disciplina delle destinazioni: quindi sarà diretta prima a soddisfare integralmente le ragioni dei creditori dell'affare e per l'eccedenza rientrerà nella massa per seguire le regole ordinarie del concorso³², previa soddisfazione dei terzi che abbiano effettuato apporti (rappresentati o meno da strumenti finanziari di partecipazione) e dedotte le spese di procedura³³.

Qualora la partecipazione di questi ultimi non sia avvenuta a titolo di finanziamento (se del caso con l'emissione di titoli di debito) ma a titolo partecipativo (ovvero come capitale di rischio diverso dal conferimento sulla base di un rapporto assimilabile all'associazione in partecipazione od alla cointeressenza), dopo il pagamento dei creditori particolari, laddove la cellula sia capiente, occorrerà rimborsare *l'apporto esattamente come avviene per i soci per i conferimenti* a seguito della liquidazione di una società³⁴.

costitutivo, salvo che la indicazione non travalichi i limiti imposti dalla legge per cui essi assumeranno il potere dovere di impugnare la delibera. In tal caso i liquidatori sono tenuti ad attenersi a quanto stabilito dai soci in merito ai criteri in ragione dei quali svolgere la liquidazione compresa la continuazione dell'attività d'impresa e/o a procedere, con quelle determinate modalità, alla liquidazione del patrimonio. Le indicazioni di cui all'art. 2487, lett. c), c.c., sono per gli stessi vincolanti, nei limiti della legalità ossia nei limiti in cui non violino i precetti imperativi.

³² E' ovvio che i creditori particolari dovranno fare istanza alla procedura affinché siano individuati ed *incasellati* come creditori del patrimonio e non del fallimento, visto che il curatore terrà distinte le operazioni di liquidazione e di riparto dei diversi patrimoni. La disciplina della crisi degli intermediari bancari e finanziari prevede ad esempio una apposita e separata sezione dello stato passivo in cui vengono iscritti i clienti aventi diritto alla restituzione dei propri beni, visto che il loro patrimonio rimane separato da quello dell'intermediario.

³³ BARTALENA, *I patrimoni destinati cit.*, 102. Le spese dovranno essere ripartite secondo un criterio di imputazione sulle rispettive masse (SCARAFONI, *I patrimoni di destinazione, cit.*, 89).

³⁴ Al riguardo è stato analizzato il rapporto tra l'art. 155, 3^o co., 1. fall., e l'art. 77, 1. fall., per effetto del quale, l'associato ha diritto alla restituzione del valore dell'apporto, da far valere, quale diritto di credito, mediante insinuazione al passivo del fallimento dell'associante, prospettando due ipotesi: quella per cui dall'applicazione dell'art. 77, quale regola di natura generale, si dovrebbero considerare i debiti di restituzione del valore degli apporti quali debiti del patrimonio, da soddisfarsi in via preventiva; e quella in base alla quale l'ultimo comma della disposizione in esame consentirebbe la detrazione di quanto spettante ai terzi, prima ancora che il corrispettivo della cessione od il residuo attivo della liquidazione siano acquisiti dal curatore nell'attivo fallimentare, ma pur sempre dopo il soddisfacimento dei creditori particolari del patrimonio destinato, derogando, così, l'art. 77, per aver previsto un diverso ordine nel soddisfacimento dei rispettivi crediti. Questa dottrina ha giustamente scartato la seconda ipotesi, la quale verrebbe a discriminare

E come per i conferimenti la restituzione degli apporti, che entrano a far parte della cellula al momento della destinazione e non certo del patrimonio generale³⁵, non riguarderà di regola lo specifico bene, mobile od immobile, materiale od immateriale, apportato ma il relativo valore in denaro.

L'impostazione complessiva è cristallizzata nel nuovo art. 155, l. fall., il quale dispone che *“Se è dichiarato il fallimento della società, l'amministrazione del patrimonio destinato ... è attribuita al curatore che vi provvede con gestione separata. Il curatore provvede a norma dell'art. 107 alla cessione a terzi del patrimonio al fine di conservarne la funzione produttiva. Se la cessione non è possibile, il curatore provvede alla liquidazione del patrimonio secondo le regole della liquidazione della società in quanto compatibili. Il corrispettivo della cessione al netto dei debiti del patrimonio o il residuo attivo della liquidazione sono acquisiti dal curatore nell'attivo fallimentare, detratto quanto spettante ai terzi che vi abbiano effettuato apporti, ai sensi dell'art. 2447-ter, primo comma, lettera d) del codice civile”*.

Viene insomma sancito che il fallimento non rende impossibile l'affare che potrà essere continuato in funzione e nei limiti del migliore realizzo e al tempo stesso non genera la cessazione della separazione almeno fino a quando non siano stati integralmente soddisfatti tutti i creditori *particolari*. La gestione separata risponde all'esigenza di garantire la separazione patrimoniale delle masse (attive e passive), al fine di tutelare le rispettive

tra il trattamento riconosciuto a terzi, i quali hanno effettuato apporti sulla base di un contratto di associazione in partecipazione, a favore del patrimonio generale della società, ovvero a favore dei patrimoni destinati (COMPORI, *Articolo 155*, cit., 15 del dattiloscritto).

³⁵ Si è correttamente evidenziato che qualora gli apporti entrassero a far parte del patrimonio della società, questi si configurerebbero quali debiti della società (in tal caso, a coloro i quali hanno effettuato apporti, l'art. 155, 3° co., l. fall., accorderebbe il privilegio della precedenza nel soddisfacimento di quanto loro spettante, rispetto a tutti gli altri creditori generali della società, i quali potrebbero soddisfarsi sul residuo attivo fallimentare. Qualora, invece, gli apporti entrassero a far parte del patrimonio destinato ai terzi spetterebbe un diritto di credito per l'importo corrispondente al valore degli apporti, da soddisfare solamente a seguito dell'avvenuto soddisfacimento di tutti gli altri creditori particolari dell'affare. Va preferita quest'ultima tesi per vari motivi. Il primo “si ricava dalla disciplina codicistica dei patrimoni destinati, in virtù della quale gli eventuali apporti di terzi sono disposti dalla delibera costitutiva del patrimonio, quali incrementi della dotazione patrimoniale (v. l'art. 2447-ter, lett. d), c.c.); essi sono, quindi, da intendere quali componenti del patrimonio destinato che generano sullo stesso un debito di restituzione del relativo valore. Il secondo consiste nel fatto che in caso di cessione a terzi del patrimonio destinato da parte del curatore, gli apporti di terzi sono ricompresi tra i beni ceduti, tanto che si viene a determinare in capo ai terzi un mero credito relativo al valore corrispondente di detti beni. Un terzo argomento è quello in base al quale – anche ammettendo che gli apporti entrino nel patrimonio generale della società – non si riuscirebbe a cogliere il motivo di priorità riconosciuta per il soddisfacimento di tali creditori, rispetto a tutti gli altri creditori generali della società” (COMPORI, *Articolo 155*, cit., 13 del dattiloscritto). Gli apporti insomma entrano a far parte del patrimonio destinato e da questo sorge un'obbligazione che grava sul patrimonio stesso, *ex art. 2447-quinquies*, c.c., e sottoposta al relativo regime.

classi creditorie, e si manifesta nell'osservanza di tutte le disposizioni previste negli artt. 2447-ter e 2447-quinquies, c.c., ss ³⁶.

Nel caso in cui l'attivo del patrimonio sia incapiente, i creditori *particolari* possono insinuarsi nell'*attivo generale* (in chirografo, salvo specifiche cause di prelazione) solo se la delibera istitutiva prevede in via convenzionale la responsabilità della società (eventualmente sussidiaria) oppure per obbligazioni derivanti da responsabilità da fatto illecito o *da mancata spendita del nome* dell'affare.

Dunque l'inadempimento di una o più obbligazioni può indurre i creditori, in alternativa all'esercizio dell'azione esecutiva, a richiedere la liquidazione del patrimonio, che in questo caso rappresenta il rimedio tipico legato al verificarsi di un'anomalia del momento funzionale del rapporto contrattuale, ovvero *l'inadempimento* e non come vedremo *l'insolvenza* ³⁷. Soltanto se la liquidazione si chiude con un attivo cessa la separazione ed il residuo confluisce nel patrimonio fallimentare, al netto delle eventuali partecipazioni spettanti ai terzi.

4. L'incapienza del patrimonio destinato

Problema diverso è quello dell'eventuale *incapienza* del patrimonio destinato, indipendentemente dallo stato della SpA istitutiva, che può emergere tanto al momento del deposito del rendiconto finale, nell'ipotesi di inesistenza di beni da liquidare, tanto nel corso della realizzazione dell'affare. In ogni caso si deve tener conto delle regole della esecuzione individuale e dell'espropriazione collettiva, ambito in cui emerge in modo più netto il ruolo della *par condicio creditorum* in relazione all'oggetto della garanzia, della universalità e concentrazione della procedura rispetto al soggetto dell'attività.

³⁶ COMPORTI, *Articolo 155*, cit., 7 del dattiloscritto.

³⁷ La norma fa espresso riferimento all'ipotesi "in cui non siano state integralmente soddisfatte le obbligazioni contratte per lo svolgimento dello specifico affare cui era destinato il patrimonio" con ciò comprendendo tanto l'ipotesi di mero inadempimento quanto la definizione di stato d'insolvenza, che non necessariamente prevede l'inadempimento quale suo inderogabile presupposto, potendo essa manifestarsi anche attraverso una mera crisi di liquidità o, addirittura, in presenza di un esubero di attività sulle passività di bilancio. La genericità della nozione induce a più di un dubbio circa la sussistenza del presupposto oggettivo per l'eventuale applicazione della normativa fallimentare al patrimonio destinato (LOCORATOLO, *o cit.*, 189). Sul punto, rileva ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni destinati e insolvenza* cit., 48, che la norma debba considerarsi attrattiva e, quindi, comprensiva, dello stato d'insolvenza, posto il rapporto di specialità che caratterizza quest'ultimo rispetto alla generale fattispecie dell'inadempimento.

Bisogna chiedersi tuttavia quali siano gli effetti del dissesto, considerato che il nostro legislatore non ha inteso contemplare il fallimento del patrimonio destinato in un ordinamento che non prevede la disciplina dell'insolvenza del *patrimonio* ma solo quella dell'imprenditore individuale o collettivo³⁸. Peraltro, già la riforma del diritto societario non aveva voluto tener conto che nella delega era prevista espressamente la disciplina del "regime di responsabilità per le obbligazioni riguardanti detti patrimoni e la relativa *insolvenza*" e quest'ultimo inciso è rimasto lettera morta³⁹.

Successivamente con la novella al 2^o co., dell'art. 2447-novies, c.c., si è evidenziato espressamente (nella corrispondente *Relazione governativa*) che la precisazione è servita ad "escludere che il patrimonio separato possa essere dichiarato insolvente e fallire autonomamente rispetto alla società che lo ha creato".

Nuovamente nella legge delega per la riforma della legge fallimentare si è fatto espresso riferimento alla disciplina dei patrimoni destinati nella procedura ma *stavolta* solo nell'ambito degli effetti sui *rapporti giuridici pendenti*⁴⁰ e il nuovo art. 156, l.fall., ha eliminato definitivamente ogni ipotesi di fallibilità autonoma.

La deliberata volontà del legislatore in sedi diverse di non assoggettare i patrimoni destinati ad uno specifico affare ad una autonoma procedura concorsuale conferma una complessiva sottrazione del modello dell'articolazione convenzionale del patrimonio alle regole per così dire "officiose".

La *segregazione nella segregazione* comporta inoltre che l'incapienza del patrimonio destinato non possa assolutamente propagarsi all'ente societario, partendo dal presupposto che, cessata la liquidazione del patrimonio destinato e residuo un passivo, i creditori particolari non potranno in alcun modo aggredire il patrimonio generale della società. L'art. 2447-novies, c.c., disciplina unitariamente tanto la fase dell'inadempimento quanto quella dell'incapienza⁴¹. Le perdite della specifica iniziativa possono

³⁸ Viceversa l'assoggettamento a procedura concorsuale di patrimoni separati è prevista espressamente in altri ordinamenti (GUGLIELMUCCI, *I patrimoni destinati: una zona franca per l'esercizio di attività d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2005, 1176, che a nota 5 ricorda il paragrafo 11, comma 2, n. 2 dell'InsO tedesco).

³⁹ Da questo punto di vista si è osservato che la legge fallimentare è stata "spiazzata" dalla riforma del diritto societario (GATTI, *o cit.*, 241). La tematica è stata giudicata come un ottimo terreno su cui verificare la tenuta della segregazione patrimoniale anche nel momento patologico della vita della società (ROCCO DI TORREPADULA, *o cit.*, 44 s.). Era stata comunque preannunciata la criticità dell'applicazione del nascente istituto proprio per l'impatto sul diritto fallimentare (MONTALENTI, *La riforma del diritto societario nel progetto della Commissione Mirone*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 404 s.).

⁴⁰ Art. 6, lettera a) n. 7, ult. parte, legge 14 maggio 2005, n. 80.

⁴¹ La norma riguarda esclusivamente l'inadempimento e non l'insolvenza (ROCCO DI TORREPADULA, *o cit.*, 50). Nello stesso senso C. D'AMBROSIO, *o cit.*, 552.

portare al dissesto anche la società che l'ha gestita laddove sia responsabile in via illimitata (eventualmente sussidiaria), coinvolgendone il patrimonio generale. Solo in tal caso l'incapienza della cellula può riverberare i propri effetti sull'insolvenza della società, trascinando il patrimonio destinato all'affare che tale insolvenza aveva originato⁴².

L'ipotesi di incapienza delle attività e passività oggetto di destinazione al soddisfacimento dei diritti di credito potrebbe però rappresentare, in casi limite, anche *una forma di esteriorizzazione* dell'incapacità della S.p.A. di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni⁴³. Situazione di squilibrio sufficiente in astratto per la dichiarazione di fallimento senza che rilevi un eventuale esubero delle residue attività sul passivo⁴⁴.

E' prevalso, come in sede di riforma del diritto societario, l'approccio dell'articolazione convenzionale sulla base della deroga legale al sistema delle responsabilità di cui all'art. 2740, c.c., con una tecnica analoga alla garanzia, piuttosto che l'approccio dell'*imputazione atipica* dei rapporti giuridici⁴⁵. Non si è introdotto un patrimonio privo di titolarità, né un patrimonio dotato di autonoma soggettività giuridica, visto che la S.p.A. istitutrice ne mantiene la titolarità, la qualità di imprenditore, il potere di gestione della relativa iniziativa economica⁴⁶.

⁴² Secondo BARTALENA, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 103, n. 4, l'insolvenza del patrimonio destinato può generare il fallimento della società, in conformità ai principi generali e in analogia all'ipotesi di costituzione di una società unipersonale controllata interamente senza l'adempimento della prescrizione dell'art. 2325, 2° co., c.c., che rende responsabile la società con l'intero patrimonio per le obbligazioni sociali sorte allorché le azioni siano state nella titolarità di un solo soggetto. Viceversa COLOMBO, *La disciplina contabile*, cit., 43, afferma che l'insufficienza del patrimonio destinato a soddisfare le obbligazioni generate dalla sua gestione non può dar luogo al fallimento della società qualora il restante patrimonio sociale sia tale da consentire il regolare adempimento delle obbligazioni verso i creditori generali salva la responsabilità sussidiaria della società per altre obbligazioni. Sicché mentre il fallimento della società comporterà l'impossibilità della prosecuzione dell'affare, l'insolvenza del patrimonio destinato non comporterà, di per sé, il fallimento della società.

⁴³ Il legislatore contempla ipotesi di assoggettamento a fallimento anche senza valutazione di insolvenza, ma esse riguardano fattispecie in cui sussiste responsabilità illimitata di un altro soggetto per le obbligazioni dell'imprenditore insolvente. E' ad esempio il caso della estensione del fallimento *ex art. 147, l. fall.*, ai soci di società di persona. Sul punto si veda DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973, 143 e ss.; BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, Napoli, 1969, 190.

⁴⁴ TERRUSI, *I patrimoni delle s.a. destinati a uno specifico affare: analisi della disciplina e verifica degli effetti*, in atti del Convegno Fondazione Cesifin "Riforma del diritto societario e riflessi sulle procedure concorsuali" Lucca 4 marzo 2004, in www.giustamm.it, 22, che richiama Cass. sez. un. 13 marzo 2001, n. 115, in *Foro it.*, Re, voce *Fall.*, n. 265; Cass. 27 febbraio 2001 n. 2830, *ibid.*, n. 267; Cass. 19 luglio 2000 n. 9464, *ibidem* n. 268. Per l'ipotesi di società in liquidazione: Cass. 17 aprile 2003 n. 6170, in *Foro it.* 2003, I, 2389; Cass. 11 maggio 2001 n. 6550, in *Foro it.*, Re 2001, voce *Fall.*, n. 280.

⁴⁵ Sul tema mi permetto di rinviare a FIMMANÒ, *Il regime dei patrimoni dedicati di S.a tra imputazione atipica dei rapporti e responsabilità*, in *Società*, 2002, 963 s.; ID., *Le destinazioni industriali dei patrimoni sociali*, in *Riv. dir. priv.*, n. 4, 2004.

⁴⁶ Anche nei casi eccezionali citati la soggezione al fallimento riguarda in ogni caso sempre un patrimonio in quanto riferibile ad una specifica persona giuridicamente dotata di capacità, anche quando non si tratta di una persona giuridica ma di un centro autonomo di imputazione dei rapporti dotato di minore autonomia.

Viceversa si è voluto uno strumento in cui la separazione sopravvivesse anche al fallimento della società gemmante, laddove anche in caso di incapacienza continuano ad applicarsi le normali regole della liquidazione, fermo restando, a tutela della *par condicio creditorum*, i vari rimedi, speciali e generali, diretti ad ottenere l'*inefficacia* della segregazione. E' stata allora proposta l'applicazione di quelle forme di liquidazione concorsuale che, nel nostro ordinamento, contraddistinguono tutte quelle fattispecie che presentano il tratto della *conflittualità plurisoggettiva*, riscontrabile ad esempio nella liquidazione della eredità accettata con beneficio di inventario, ai sensi dell'art. 498 c.c.; nella liquidazione generale delle persone giuridiche, ai sensi degli artt. 14, 15 e 16 delle disposizioni di attuazione del c.c.; nella responsabilità dell'armatore in caso di limitazione del debito al valore della nave e del nolo, ai sensi dell'art. 275 del codice della navigazione.

5. L'inammissibilità di un autonomo fallimento

Un'ampia parte della dottrina tuttavia ha sostenuto, prima della riforma della legge fallimentare, la tesi della possibile dichiarazione di insolvenza della *cellula* partendo dalla considerazione che la costituzione del patrimonio di destinazione serve soprattutto a dividere i rischi e per l'effetto sarebbe ingiustificata la sottrazione del patrimonio al fallimento, come pure l'eventualità di un coinvolgimento nella procedura di dissesto della società nel suo complesso, con consequenziale creazione di un caso senza precedenti di soggetto *in bonis* che vede sottoposta a liquidazione concorsuale di tipo fallimentare una parte soltanto del suo patrimonio⁴⁷.

La fallibilità *autonoma* del patrimonio è apparsa in passato ad alcuni la soluzione più ragionevole, in quanto sottrarre la fattispecie alle norme concorsuali vorrebbe dire, secondo loro, negare ai creditori la maggiore tutela che esse sono in grado di garantire rispetto alla mera liquidazione⁴⁸.

⁴⁷ In particolare D'ALESSANDRO, *Le linee generali della riforma*, cit., 10.

⁴⁸ Nel senso dell'autonoma fallibilità: D'ALESSANDRO, *o loc. ult. cit.*, Id., *Patrimoni separati e vincoli comunitari*, in *Soc.*, 2004, 1063; VINCRE, *o cit.*, 138; ROCCO DI TORREPADULA, *o cit.*, 53 s.; LAMANDINI, *I patrimoni "destinati" cit.*, 502; MEOLI, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Fall.*, 2005, 113; CAIAFA, *o cit.*, 728; G. GIANNELLI, *o cit.*, 1271 (nel senso di avversare la soluzione normativa); D'AMBROSIO, *o cit.*, 554; GUGLIELMUCCI, *o loc. ult. cit.*; ID., *I patrimoni destinati: una zona franca per l'esercizio di attività d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2005, 1176 (che prendendo atto della diversa scelta normativa che a suo giudizio può porre un problema di legittimità costituzionale sotto il profilo del diverso trattamento della disciplina della crisi dell'impresa quando esercitata con lo strumento del patrimonio destinato). *Contra*: MANFEROCE, *o cit.*, 1245; CIAMPI, *o cit.*, 1213; BOZZA, *o cit.*, 143; ARLT, *o cit.*, 350; MIGNONE, *o cit.*, 1669;

L'impostazione sarebbe stata suffragata dalla tendenza alla *oggettivizzazione* del fallimento con il graduale passaggio dalla centralità dell'imprenditore a quella dell'impresa, ed inoltre dalla *soggettivizzazione* del patrimonio rappresentata dalla necessità di spenderne il nome ai fini dell'imputazione della responsabilità⁴⁹. In ogni caso, secondo questa impostazione, il soggetto formalmente fallito, sia pur nei limiti dell'applicabilità degli effetti di natura personale, sarebbe rimasta la SpA⁵⁰, con la sostanziale creazione di una procedura concorsuale *ad hoc*, nella quale vi sarebbe stata una scomposizione soggettiva degli effetti, pur rimanendo inalterata la imputazione in capo alla società della dichiarazione di fallimento⁵¹. Ed il problema della compatibilità della intera disciplina fallimentare con la fattispecie del patrimonio destinato sarebbe stato risolto, secondo questa impostazione, distinguendo tra effetti di natura soggettiva, da imputare alla società o ai suoi amministratori, ed effetti, attinenti alla responsabilità patrimoniale, da imputare al patrimonio destinato.

Questa impostazione è stata avversata, già prima della riforma, sulla base del principio *ubi lex voluit dixit*: nel prevedere quale conseguenza del mancato pagamento dei debiti dopo la conclusione dell'affare, la semplice liquidazione del patrimonio, il legislatore avrebbe già implicitamente escluso il suo fallimento⁵². Pertanto, in mancanza di specifica previsione, il patrimonio non sarebbe stato soggetto a fallimento⁵³ nonostante la sua crisi.

COMPORTELLI, *op. cit.*, 1015; COLOMBO, *ult. cit.*, 43; SALAMONE, *I patrimoni destinati a specifici affari nella s.a riformata: insolvenza, esecuzione individuale e concorsuale*, in www.iudicium.it, 8; SCIUTO, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in STAROLA, *La riforma delle società di capitali e cooperative*, Milano, 2003, 73; DE ANGELIS, *Dal capitale etc. cit.*, 1462; FAUCEGLIA, *o cit.*, 814; BARTALENA, *o cit.*, 502 n. 13; GENNARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Padova, 2005, 151; WEIGMANN, *Intervento alla tavola rotonda articolazioni di business e patrimoni destinati*, in *Riv. dir. im.*, 2004, 349; FIMMANÒ, *La sorte dei patrimoni destinati nel fallimento*, in dottrinaediritto.ipsoa.it, 2005, 12 s.; TONDO., *Patrimoni destinati a uno specifico affare*, in *Studi e materiali*, 2004, 1 – *Suppl.*, 21; NIGRO, *Nuovo diritto societario e disciplina delle crisi delle imprese*, in *Nuovo diritto societario*, a cura di De Tilla – Alpa – Patti, Roma 2003, 880 s.; con qualche dubbio LOCORATOLO, *o cit.*, 192 s.

⁴⁹ Un'autorevole dottrina ha posto il dubbio che si tratti di una figura dai contenuti esclusivamente oggettivi trattandosi di entità che riveste pure profili di distinta soggettività, specie in relazione ad apporti di terzi, ai quali occorrerebbe riconoscere qualche profilo di contitolarità (SCHLESINGER, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare e profili di distinta soggettività*, in *Dir. prat. soc.*, 2003, 7).

⁵⁰ Per GUGLIELMUCCI, *oloc. ult. cit.*, il soggetto nei cui confronti deve svolgersi la procedura sarebbe la società, in persona del proprio legale rappresentante. ROCCO DI TORREPADULA, *o cit.*, 55, proponeva analiticamente una serie di adattamenti.

⁵¹ Si è tuttavia sottolineato che tale fallimento sarebbe privo anche di utilità pratica perché, al limite, essendo stato già liquidato il patrimonio separato, a norma dell'art. 2447-novies, co. 2^o, c.c., ai fini della ricostruzione dello stesso non resterebbero che le azioni revocatorie, se ed in quanto ammissibili ed i profili della responsabilità degli amministratori potrebbero essere allargati sino a ricomprendere anche quelli penali, dalla bancarotta fraudolenta a quant'altro. Ma tanto significherebbe colmare il vuoto normativo creando dalle fondamenta, inammissibilmente, un nuovo istituto (MANFEROCE, *o cit.*, 1248).

⁵² La questione dell'eventuale fallibilità del patrimonio destinato non può essere risolto guardando alla problematica dell'imprenditore che esercita più attività d'impresa, in cui non essendoci una separazione

Piuttosto, sul piano sistematico, proprio l'art. 1, l. fall., contempla il fallimento di un imprenditore e non di un'impresa ed essendo il patrimonio destinato non un nuovo soggetto diverso ed autonomo rispetto alla società che lo ha costituito, bensì un'articolazione patrimoniale distinta ma pur sempre appartenente alla società medesima, se ne evince che lo stesso non può fallire *autonomamente*. L'eventuale insolvenza del patrimonio costituirebbe dunque insolvenza della società, rappresentando essa "l'esteriorizzazione dell'incapacità dell'imprenditore di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni"⁵⁴.

Vero è che la stessa legge fallimentare contempla ipotesi di fallimento di impresa senza imprenditore (si pensi all'insolvenza dell'incapace⁵⁵ o del defunto⁵⁶ e dell'eredità giacente⁵⁷, o ancora delle fondazioni⁵⁸ e delle

patrimoniale dei diversi comparti, non v'è dubbio che lo stato d'insolvenza relativo ad una determinata attività imprenditoriale comporti il dissesto globale dell'imprenditore in virtù dell'unicità dell'imputazione. Per GIANNELLI, *Dei patrimoni destinati*, cit., 1270, è proprio la separazione tra il patrimonio destinato e la società che lo ha costituito, oltre ai circoscritti limiti quantitativi previsti dall'art. 2447 bis, co. 2, c.c., a far ritenere che l'insolvenza del primo non si traduca automaticamente nel dissesto e quindi nel fallimento della seconda. Peraltro, tale eventualità non può essere nemmeno esclusa quando la separazione patrimoniale venga meno perché non sono state rispettate le condizioni richieste dalla legge e, caducandosi il regime di separazione patrimoniale, l'insolvenza del patrimonio destinato comporti un obiettivo dissesto della società, o quando quest'ultima debba rispondere in via sussidiaria).

⁵³ MANFEROCE, *ocit.*, 1245 e s. (che pone una serie di questioni laddove per ipotesi comunque volesse ammettersi la fallibilità del patrimonio, ad esempio i creditori particolari "sarebbero certamente legittimati a richiedere il fallimento, ma lo sarebbero egualmente i creditori generali della società? Anche costoro potrebbero avere un interesse al fallimento del patrimonio per non vedere aggravato il dissesto per l'ipotesi, ad esempio, che la delibera costitutiva preveda l'illimitata responsabilità della società. E può, poi, il patrimonio separato fallire su istanza della stessa società?).

⁵⁴ BOZZA, *o cit.*, 149.

⁵⁵ Si è osservato che l'incapace di agire che svolga attività di impresa senza le debite autorizzazioni non possa considerarsi imprenditore, pur essendo la sua impresa assoggettabile a fallimento (PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, I, 201; Cass., 15.5.1984, n. 2936, in *Foro it.*, 1985, c. 709; in giurisprudenza Cass., 15.5.1984, n. 2936, in *Foro it.*, 1985, 709).

⁵⁶ Al riguardo cfr. tra gli altri VELLANI, *Fallimento post mortem e separazione dei beni*, Padova 1991; SALANITRO, *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, Milano, 1974.

⁵⁷ Per GUGLIELMUCCI, *o loc. ult. cit.*, è essenziale nel nostro ordinamento non che ad essere assoggettato a fallimento sia un imprenditore ma che il fallimento investa un patrimonio coinvolto nell'esercizio dell'impresa e, come nel caso di decesso dell'imprenditore il fallimento ha ad oggetto l'asse ereditario separato dal restante patrimonio dei suoi titolari (che sono gli eredi) così in caso di costituzione di un patrimonio destinato ad un determinato affare, e quindi all'esercizio di impresa distinta rispetto a quella direttamente esercitata dalla società costituente, il fallimento ha ad oggetto il patrimonio separato, appartenente alla società, ma dei cui debiti la società non risponde. Alla fallibilità dell'eredità giacente si tende a dare risposta affermativa specie quando l'attività d'impresa viene esercitata dal curatore con imputazione al patrimonio. Peraltro l'eredità giacente rappresenta il massimo grado di separazione in quanto opera non solo riguardo alla responsabilità ma anche alla titolarità e alla imputazione.

⁵⁸ Per FAUCEGLIA, *o cit.*, 814, non pare, *a contrario*, potersi applicare alla fattispecie l'impostazione seguita in giurisprudenza in ordine al fallimento della fondazione, posto che il patrimonio destinato non si configura come soggetto diverso dalla società e ciò renderebbe in pratica impossibile l'applicazione della disciplina dell'insolvenza, che comunque presuppone la sussistenza di significativi dati soggettivi.

associazioni non riconosciute che esercitano attività commerciale⁵⁹ laddove si parta dal presupposto che queste ultime siano sformite di personalità) tuttavia è altrettanto vero che all'origine v'è sempre la *dichiarazione di insolvenza dell'imprenditore*. E le norme di cui agli artt. 11 e 12, l. fall., vengono ad esempio considerate da una parte della dottrina come la più energica affermazione del soggetto che sopravvive, come centro di imputazione alla propria morte: se, comunque, in tali fattispecie “non v'è preminenza della soggettività dell'imprenditore rispetto all'oggettività dell'attività commerciale, purtuttavia permane sempre un centro d'imputazione e la riferibilità soggettiva con il *de cuius*”⁶⁰.

Il fallimento dell'imprenditore defunto deriva dalla preesistente declaratoria di fallimento del soggetto deceduto, imputandosi in capo agli eredi solo alcuni effetti della procedura⁶¹. Analogamente nel caso dell'imprenditore incapace e delle associazioni o delle fondazioni che esercitano attività commerciale, gli effetti di natura sostanziale del fallimento seguono alla imputazione formale della dichiarazione di insolvenza in capo all'associazione o alla fondazione, che vengono riconosciuti come

⁵⁹ Per le associazioni non riconosciute la giurisprudenza ha ritenuto possibile un assoggettamento a fallimento nel caso in cui esercitino attività commerciale o almeno abbiano tale attività come oggetto esclusivo o secondario (Cass. 7 novembre 1979, n. 5770, in *Dir. fall.*, 1980, II, 279, con nota di FARENZA, *Enti di diritto privato e impresa commerciale*; Cass. 18.9.1993 n. 9589, *ivi*, 1994, con nota di RAGUSA MAGGIORE, *Associazione non riconosciuta e fallimento*, in *Fall.* 1994, 151, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 65, con nota di LO CASCIO, *La dichiarazione di fallimento dell'associazione non riconosciuta e degli associati*; Cass., 20 giugno 2000, n. 8374, in *Arch. civ.*, 2001, 985). Per una rassegna delle posizioni cfr. SILVESTRINI, *Associazione non riconosciuta e fallimento*, in *Fall.*, 2004, 699 s.. Sul tema dell'assoggettabilità a procedura concorsuale di figure soggettive private diverse dalle società nello svolgimento di attività economiche di significativo rilievo cfr. Trib. pure Milano 16 luglio 1998, in *Fall.*, 1999, 445 che si riferisce al fallimento di una fondazione che esercita anche attività d'impresa; Trib. Palermo 24 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, 440; Trib. Roma 6 aprile 1995, in *Dir. fall.*, 1995, 719; Trib. Milano 17 giugno 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 283). PUGLIATTI, *Fallimento dell'imprenditore o dell'impresa?*, in *Dir. fall.*, 1943, I, 8, evidenziò la centralità del soggetto anche nelle società di persone, prospettando la tesi che in questa ipotesi l'esercizio economico fosse da riferire ai soci come gruppo.

⁶⁰ E' *vexata quaestio* che impegna da oltre un cinquantennio sia la dottrina commerciale che quella più precipuamente fallimentare individuare la *ratio* degli artt. 11 e 12 della legge fallimentare (MANFEROCE, *o cit.*, 1247). Certo è che la disciplina è nel sistema anche se tali norme vengono rappresentate da taluno come un'anomalia (SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, 29; cfr. pure BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, Napoli, 1969, 212; JORIO, *Gli articoli 10 e 11 della legge fallimentare e le società commerciali*, in *Riv. soc.*, 1969, 342; RAGUSA MAGGIORE, *La morte dell'imprenditore e il fallimento*, in *Dir. fall.*, 1978, I, 12; DI SABATO, *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, II, 375).

⁶¹ La morte dell'imprenditore commerciale non produce l'effetto immediato della sottrazione dello stesso al fallimento, non potendosi ammettere che il caso determini la fine della tutela dei creditori che la procedura fallimentare è diretta ad assicurare. Il patrimonio del soggetto conserva ancora la qualità di patrimonio dell'imprenditore commerciale e, conseguentemente, persiste la soggezione al fallimento entro l'anno dalla morte. La declaratoria di fallimento successiva alla morte dell'imprenditore rappresenta la più energica affermazione del soggetto che sopravvive, come centro d'imputazione, alla propria morte; nel senso che il fallimento dell'imprenditore defunto costituisca fallimento senza soggetto (SATTA, *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, in *Riv. dir. proc. civ. trim.*, 1960, 128), Cfr. anche SAVI, *Il Fallimento dell'imprenditore defunto*, Milano, 1976.

imprenditori in virtù della natura dell'attività dagli stessi concretamente esercitata. In queste ipotesi, dunque, l'identificazione dell'attività di soggetti formalmente non imprenditori serve a qualificarli tali ed a rendere possibile l'imputazione del requisito soggettivo richiesto dall'art. 1 della legge fallimentare⁶². In tutte le fattispecie citate a sostegno dell'ammissibilità del fallimento meramente oggettivo l'attività d'impresa costituisce presupposto servente rispetto alla qualificazione del soggetto quale imprenditore commerciale ed alla sua successiva dichiarazione di fallimento.

Quindi, al di là delle eccezioni temporali legate alla possibilità di dichiarare il fallimento, anche le ipotesi citate non derogano all'imprescindibile presupposto della preventiva dichiarazione di fallimento di un soggetto imprenditore, da cui derivano, al più, deroghe solo relative alle modalità di esecuzione e di applicazione della procedura concorsuale⁶³. Non è ammissibile una deroga alla normativa fallimentare in relazione ad una presunta assenza del presupposto soggettivo e ad una divaricazione nella imputazione degli effetti propri dell'applicazione della legge fallimentare.

6. Il regime speciale introdotto dal legislatore

Ugualmente inammissibile è la circostanza che il fallimento del patrimonio destinato, pur essendo determinato dal necessario fallimento della società, che ne costituirebbe il presupposto formale, restasse limitato ai beni che ne fanno parte, senza estendersi all'intero patrimonio dell'ente societario. Tale eccezione rispetto alla disciplina fallimentare non andrebbe considerata in relazione al profilo soggettivo ma proprio rispetto a quello oggettivo: si avrebbe, in sostanza, una procedura riguardante non l'intero patrimonio della SpA, sottoposta all'esecuzione collettiva dei creditori, ma solo della parte

⁶² Secondo RAGUSA MAGGIORE, voce *Fallimento*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 2, soggetto passivo del fallimento è l'imprenditore, cioè una persona fisica o un gruppo dotato di autonomia o personificato. Ciò risulterebbe con assoluta chiarezza sia dall'art. 2082 c.c., che qualifica l'imprenditore come soggetto esercente "professionalmente" un'attività economica, sia dal successivo art. 2221, il quale dispone l'assoggettamento alle procedure concorsuali degli "imprenditori che esercitano attività commerciale...in caso d'insolvenza". In queste norme s'incentra la precisa saldatura tra il presupposto soggettivo e quello oggettivo del fallimento, imputandosi l'insolvenza del soggetto. Di diverso parere i primi commenti alla legge fallimentare, quali quello di SEGNI, *Impressioni sulla nuova legge sul fallimento*, in *Dir. fall.*, 1942, I, 87 che aderisce all'impostazione della personalità giuridica del patrimonio fallimentare. Tali impostazioni, a parere di RAGUSA MAGGIORE, si giustificavano in base alla confusa terminologia sino ad allora utilizzata nella letteratura giuridica in cui non era chiara la distinzione tra impresa - attività e impresa - organizzazione. Ma la stessa idea dell'impresa - attività non coglie, il momento soggettivo dell'impresa che si collega sempre ad una persona fisica o giuridica.

⁶³ LOCORATOLO, *o cit.*, 199-200.

corrispondente proprio ai beni ed ai rapporti costituenti la cellula, ovvero una sorta di fallimento *parziale*⁶⁴ contrario ai principi di universalità, concentrazione e generalità che connotano la procedura⁶⁵.

In caso di fallimento della S.p.A. il codice civile prevede solo la possibilità per i creditori particolari di chiedere la liquidazione del patrimonio destinato eventualmente incapiente e non l'insinuazione al passivo del suo residuo credito, a differenza di quanto prevede invece l'art. 2447-decies, comma 6, c.c., per i finanziamenti dedicati. Quindi non solo il legislatore non ha, sin dal primo intervento normativo, previsto un fallimento autonomo od una estensione, ma ha concepito un quadro normativo che esclude anche una interpretazione in tal senso⁶⁶. La riforma della legge fallimentare e la novella al secondo comma dell'art. 2447-novies, c.c., hanno poi conclamato questa interpretazione.

In verità il primo progetto di riforma fallimentare c.d. *Trevisanato* espressamente stabiliva che alle società con patrimoni destinati si applicassero, tra l'altro, in quanto compatibili, le disposizioni della procedura di liquidazione concorsuale, limitatamente all'insolvenza dei patrimoni medesimi⁶⁷, con attribuzione della gestione e della liquidazione *al curatore o ad altro soggetto designato dal giudice delegato*⁶⁸. Le disposizioni del successivo disegno di riforma della c.d. *Trevisanato ristretta*, al Capo III (Crisi ed Insolvenza dei Patrimoni destinati) estendevano alla *cellula*

⁶⁴ Così D'ALESSANDRO, *Le linee generali*, cit., 10, secondo cui "si può ipotizzare che l'affare non sia fortunato. In questo caso non vedrei giustificazione in una sua sottrazione al fallimento, così come non ne vedrei nel coinvolgimento nella procedura di dissesto della società nel suo complesso" e, tuttavia, riconosce che "si avrebbe allora un caso, forse senza precedenti nel nostro ordinamento, di soggetto *in bonis* che vede sottoposta a liquidazione concorsuale di tipo fallimentare una parte soltanto del proprio patrimonio".

⁶⁵ Nello stesso senso D'AMBROSIO, *o cit.*, 552, che evidenzia come la tesi nel creare un istituto inesistente nega in radice la natura di centro autonomo di imputazione di situazioni giuridiche soggettive della cellula.

⁶⁶ CIAMPI, *ocit.*, 1213.

⁶⁷ Le normative c.d. *offshore* sulle *protected cell companies* (PCCs), assimilabili ai patrimoni destinati, contemplano in caso di dissesto della società o di una cellula destinata una disciplina specifica. Nell'ipotesi di insolvenza, attuale o anche soltanto prevedibile, della società o di una o più cellule, inizialmente è prevista l'amministrazione controllata (*administration order*), da disporre giudizialmente. L'amministrazione del patrimonio della società o del patrimonio destinato in crisi viene attribuita ad un amministratore (*administrator*), con l'obiettivo di assicurare l'esistenza (*survival*) del patrimonio destinato o della società, oppure di ottenere una gestione patrimoniale ed imprenditoriale più vantaggiosa rispetto alla liquidazione. Durante la sua efficacia, l'ordinanza di amministrazione controllata subordina all'autorizzazione del tribunale tutti i procedimenti giudiziari, promossi da o contro la società, nonché gli atti di esecuzione contro la stessa. Per il caso in cui l'amministrazione controllata appaia inadeguata al raggiungimento degli scopi predetti, è predisposta una apposita disciplina fallimentare (*receivership order*) per i patrimoni destinati, finalizzata alla liquidazione degli stessi ed alla distribuzione della massa ai creditori particolari secondo le regole del concorso (ARLT, *ocit.*, 352).

⁶⁸ Art. 8 comma 2, schema di disegno di legge c.d. *Trevisanato* recante "*Delega al Governo per la riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza*".

l'applicazione di tutte le procedure concorsuali⁶⁹. La relazione generale di accompagnamento dello schema di d.d.l., evidenziava che la liquidazione concorsuale avrebbe riguardato, per l'appunto, in tal caso, un patrimonio in assenza della dichiarazione di insolvenza del soggetto titolare: un "fallimento senza il fallito". Anomalia apparente che sarebbe stata conseguenza della specialità della nuova figura giuridica introdotta dal codice, alla quale la disciplina concorsuale riformata avrebbe fatto fronte. In caso di insolvenza del patrimonio destinato, e nel permanere delle condizioni per la separazione rispetto al patrimonio della società, la liquidazione di tale patrimonio sarebbe stata attuata, in base alla scelta rappresentata nello schema, secondo le regole della concorsualità. E se veniva attuata la liquidazione concorsuale della società, la liquidazione del patrimonio prevista dal codice sarebbe stata affidata al curatore o ad altro soggetto designato dal giudice delegato. Peraltro già prima della novella è stata proposta la tesi del doppio fallimento⁷⁰ nell'alveo e con l'applicazione dell'art. 148, l. fall., con la variante dello sdoppiamento del soggetto fallito da una parte ed *in bonis* dall'altra⁷¹.

⁶⁹ L'art. 200 prevedeva che "Le disposizioni sulle procedure di composizione concordata della crisi e di liquidazione concorsuale si applicano anche ai patrimoni destinati ad uno specifico affare limitatamente al caso previsto nell'art. 2447 bis, primo comma lettera a, del codice civile; ove non diversamente disposto dalle norme del presente capo si applicano le disposizioni di cui al Titolo III e al Titolo IV in quanto compatibili (D.d.l. di riforma delle procedure concorsuali redatto dalla Commissione istituita con d.m. 27 febbraio 2004 dal Ministro della Giustizia di concerto con Ministro dell'Economia e delle Finanze, presentato agli uffici legislativi dei Ministeri deleganti, in *Fall.*, 2004, Supplemento al n. 8, 41 s.). L'art. 202 (intitolato *Procedura di composizione concordata della crisi del patrimonio destinato*) aggiungeva che "L'iniziativa per l'accesso del patrimonio destinato alla procedura concordata della crisi come regolata dal Titolo III della presente legge spetta alla società. Il piano previsto dall'articolo 16 deve avere ad oggetto la regolazione della crisi limitatamente ai creditori particolari del patrimonio destinato. Se la crisi riguarda la società e anche il patrimonio destinato, devono essere presentate due dichiarazioni; ai fini della regolazione dei rapporti fra la società e il patrimonio destinato, si applicano in quanto compatibili le disposizioni del Capo I del presente Titolo V". L'art. 203 (intitolato *Procedura di liquidazione concorsuale del patrimonio destinato*) sanciva che "L'iniziativa per l'apertura della procedura di liquidazione concorsuale del patrimonio spetta alla società e, se sono stati nominati, agli amministratori preposti al patrimonio, ai terzi che hanno eventualmente effettuato apporti allo specifico affare ed ai titolari di strumenti finanziari di partecipazione all'affare, nonché ai creditori particolari ed al pubblico ministero; l'iniziativa d'ufficio è limitata ai casi indicati nell'art. 41 terzo comma. Ai fini della presente legge, ai componenti degli organi di amministrazione e di controllo della società si applicano le disposizioni che disciplinano i diritti, i doveri e le responsabilità penali del debitore limitatamente ai rapporti inerenti il patrimonio destinato. Il Curatore esercita le azioni di responsabilità nei confronti dei componenti degli organi di amministrazione e controllo della società per i danni arrecati al patrimonio destinato ovvero ai creditori particolari".

⁷⁰ SALAMONE, *I patrimoni destinati a specifici affari nella s.a. riformata: insolvenza, esecuzione individuale e concorsuale loc. ult. cit.*, viceversa, è per la unicità della procedura tanto in ipotesi di insolvenza della sola cellula o del solo patrimonio generale, che quindi non si propaga alla rimanente massa, in quanto nel diritto vigente alla S.A. con patrimoni destinati il fallimento si applica una sola volta. Ammesso che lo specifico affare possa essere configurato come una autonoma condotta imprenditoriale, la vigente legge fallimentare è indissolubilmente legata alla tradizione universalista ed egualitarista (artt. 2740- 2741, c.c.). I più importanti istituti dagli effetti verso il debitore alla custodia ed all'amministrazione delle attività, sono stati concepiti perché la procedura si applichi una sola volta e ciò non perché il patrimonio destinato difetti eventualmente di soggettività giuridica. Una volta concesse al patrimonio destinato la qualificazione di autonoma attività d'impresa e l'applicabilità dello statuto dell'imprenditore tante volte quante sono le condotte

La legge delega per la riforma del diritto fallimentare, n. 80 del 14 maggio 2005, si è invece limitata a contemplare la disciplina delle *cellule* nell'ambito degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti, confermando, in modo decisivo, che il legislatore non intende affatto introdurre nell'ordinamento una ipotesi di *fallimento autonomo del patrimonio*, in linea con la scelta di non attribuire soggettività alle destinazioni di S.p.A.⁷².

Il legislatore delegato ha poi definitivamente sancito all'art. 156, 1. fall., (*Patrimonio destinato incapiente*), comma 1, che “*Se a seguito del fallimento della società o nel corso della gestione il curatore rileva che il patrimonio destinato è incapiente provvede, previa autorizzazione del giudice delegato, alla sua liquidazione secondo le regole della liquidazione della società in quanto compatibili. I creditori particolari del patrimonio destinato possono presentare domanda di insinuazione al passivo del fallimento della società nei casi di responsabilità sussidiaria o illimitata previsti dall'articolo 2447-quinquies, terzo e quarto comma, del codice civile*”.

La norma disciplina l'ipotesi di insufficienza della cellula per il solo caso di contemporaneo fallimento della società per azioni distinguendo il momento dell'emersione e lasciando la fattispecie della crisi dell'affare quando la società è “*in bonis*” alle normali regole dettate per la liquidazione.

L'uso del neologismo “incapiente” in luogo del più consueto aggettivo “insolvente” tende evidentemente a rimarcare che il patrimonio destinato non

imprenditoriali, si dovrà pensare che non manchi il presupposto soggettivo per l'apertura di una procedura concorsuale, la quale verrebbe iniziata pur sempre a carico di un debitore, ossia la società, pur se con obbligazioni assunte in vista di una funzione specifica. Questa sarebbe chiamata a rispondere soltanto per l'attività giuridica realizzata in occasione della condotta imprenditoriale autonoma e con il solo patrimonio ad essa destinato. Dunque, se non manca il soggetto dell'attività imprenditoriale distinta, le ragioni ostative alla moltiplicazione delle procedure concorsuali risulterebbero fondate solo sul piano del diritto positivo ovvero con riferimento alla vigente legge fallimentare.

⁷¹ Sul presupposto che saremmo di fronte ad un soggetto che a seconda dell'attività si presenta a terzi con un patrimonio diverso volta a volta, con una perfetta impermeabilità tra patrimoni e tra vicende della società, si è sostenuto che ciò che fallisce non è il patrimonio destinato, ma la società con la cellula per quelle obbligazioni nascenti dall'attività dell'affare. In fase patologica “vi sarebbe uno sdoppiamento del soggetto, fallito da una parte ed *in bonis* dall'altra (che potrebbe portare tra l'altro alla revoca per giusta causa dei propri organi amministrativi). Ciò sempre in funzione della massima tutela dei creditori, soprattutto dei creditori particolari, che in tal modo non sarebbero privati dello strumento delle revocatorie. Il principio descritto dovrebbe operare anche in caso di insolvenza della società. Ed in tal senso può leggersi la norma dettata dall'ultimo comma dell'art. 2447-novies, c.c., per cui in caso di fallimento della società si applicano le disposizioni dello stesso articolo....” (così SANTOSUOSSO, *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 373).

⁷² Quanti escludono l'assoggettabilità al fallimento del patrimonio destinato si basano innanzitutto sulla relativa carenza di soggettività giuridica: BOZZA, *o cit.*, 148 s.; COMPORTI, *o cit.*, 1015; MANFEROCE, *o cit.*, 1246; DE SENSI, *Patrimoni destinati: l'impatto sulle procedure concorsuali*, in *Dir. prat. soc.*, 2004, n. 4, 34; SALAMONE, *o ult. cit.*, 113; DE ANGELIS, *o cit.*, 1463.

può essere dichiarato fallito e visto che l'art. 5, 1. fall., al 1^oco., 1. fall., continua a proporre la rigida correlazione tra fallimento ed insolvenza (“*L'imprenditore che si trova in stato di insolvenza è dichiarato fallito*”) l'incapacità di soddisfare le obbligazioni assunte per l'esecuzione dello specifico affare viene differentemente qualificata. Questa ci sembra essere la ragione che ha ispirato la nuova terminologia piuttosto che una sostanziale diversità concettuale dei due fenomeni, ricollegabile per qualcuno, invece, al fatto che lo stato di insolvenza sarebbe un concetto più adatto alla situazione *dinamica* dell'imprenditore non meramente riconducibile ad una valutazione statica della capienza del patrimonio nell'adempimento delle obbligazioni, che terrebbe conto anche del merito creditizio del soggetto-debitore⁷³.

E' viceversa indubbio, a prescindere dalle qualificazioni, che il sistema esclude pronunciamenti giudiziali in ordine alla capacità di adempimento delle obbligazioni afferenti lo specifico affare rimettendo al solo curatore la relativa valutazione, sia a seguito del fallimento che nel corso della gestione endoconcorsuale, da cui far discendere le scelte relative all'amministrazione, alla cessione od alla liquidazione del compendio (questa volta previa autorizzazione del giudice delegato)⁷⁴.

L'esclusione dell'autonomo fallimento comporta come ulteriore conseguenza che gli atti posti in essere in esecuzione dello specifico affare sono al riparo dalla revocatoria fallimentare che presuppone la procedura concorsuale⁷⁵. Quindi il tema dell'inefficacia a seguito di dichiarazione di insolvenza degli atti pregiudizievoli alla massa si porrà per gli atti di destinazione dalla società alla cellula e per gli atti interpatrimoniali posti in essere tra cellula e patrimonio generale o tra cellule diverse gemmate dalla stessa società assoggettata a fallimento.

⁷³ In questo senso, COMPORI, *Articolo 156*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro – Sandulli, in corso di pubblicazione 2 del dattiloscritto (per il quale la norma “è volta a verificare se il curatore possa cedere a terzi il patrimonio destinato, al fine di conservarne la funzione produttiva, ovvero se procedere alla sua liquidazione; tale giudizio deve essere basato sulla capienza del patrimonio. Qualora, infatti, emerga un *deficit* di bilancio, la norma prevede che non si debbano ulteriormente aggravare le condizioni dei creditori speciali dell'affare e che si debba procedere alla sua liquidazione”).

⁷⁴ Nello stesso senso COMPORI, *o loc. ult. cit.*, il quale rimarca che tale analisi è basata su una valutazione statica e di natura quantitativa della massa attiva patrimoniale rispetto a quella passiva risultante dalle scritture contabili, tenute separatamente dalla società ai sensi dell'art. 2447-*sexies*, c.c.,.

⁷⁵ Scelta criticata da GUGLIELMUCCI, *I patrimoni*, *cit.*, 1177, secondo il quale per una sorta di eterogenesi dei fini, come la chiamano gli storici, le cellule sono diventate strumento per l'esercizio di un'attività d'impresa al riparo dal rischio fallimento: una zona franca, che mira a rendere l'ordinamento più appetibile per le imprese comunitarie in relazione al loro diritto di stabilimento (il richiamo è a CIAMPI, *op. cit.*, 1213). Per l'autore l'esonero dal fallimento e dalla revocatoria fallimentare può agevolare il finanziamento ma agevola anche la richiesta di rientro; inoltre a suo giudizio la disparità di trattamento fra chi finanzia l'imprenditore e chi finanzia l'affare cui è destinato il patrimonio separato, non sarebbe agevolmente giustificabile anche sul piano della legittimità costituzionale. Sul tema cfr. anche FIMMANÒ, *La revocatoria dei patrimoni destinati*, in *Fall.*, n. 10, 2005.

Il secondo comma dell'art. 156, l. fall, prevede che nel caso in cui l'attivo del patrimonio sia incapiente, i creditori *particolari* possono insinuarsi nell'*attivo generale* (in chirografo, salvo specifiche cause di prelazione) *nei casi di responsabilità sussidiaria o illimitata previsti dall'articolo 2447-quinquies, terzo e quarto comma, del codice civile*. Evidentemente il riferimento è ai crediti derivanti da responsabilità da fatto illecito, *da mancata spendita del nome dell'affare*⁷⁶, ed all'ipotesi che la delibera istitutiva del compendio preveda in via convenzionale la responsabilità della società (eventualmente *sussidiaria*). La responsabilità della SpA istitutiva può essere infatti tanto illimitata, quanto limitata (sia rispetto all'importo eccedente il valore della cellula che la società si impegna comunque a pagare, sia rispetto ai beni eventualmente aggredibili, diversi da quelli ricompresi nel patrimonio), tanto *sussidiaria*, quanto senza beneficio della preventiva escussione. Viceversa non esistono margini per una eventuale e convenzionale responsabilità della cellula per i debiti del patrimonio generale, anche perché in caso contrario sarebbe impossibile per i creditori particolari valutare la sua congruità rispetto all'affare. Tuttavia v'è chi sostiene l'inammissibilità di una responsabilità convenzionale per le obbligazioni dell'affare con parte del patrimonio generale della SpA, anziché con l'intero, in quanto la deliberazione (e, quindi, la volontà del soggetto-debitore) non potrebbe ulteriormente separare la massa patrimoniale della società, distinguendo i creditori speciali da quelli generali con un'ulteriore articolazione dei patrimoni che vada al di là della destinazione patrimoniale contemplata dalla legge⁷⁷. Ma evidentemente non si verifica nella fattispecie alcuna ulteriore articolazione *qualitativa* del patrimonio ma soltanto una limitazione *quantitativa* della responsabilità.

⁷⁶ LAMANDINI, *I patrimoni "destinati" nell'esperienza societaria. Prime note sul d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, in *Riv. Soc.*, 2003, 501 s. lamenta la previsione della semplice messa in liquidazione in ipotesi di insolvenza del patrimonio destinato mentre sarebbe stato più coerente con il principio di autonomia patrimoniale e con la migliore soddisfazione della natura pubblica degli interessi connessi all'insolvenza, l'apertura di una procedura concorsuale sul singolo patrimonio destinato. Tale soluzione potrebbe costituire rimedio insufficiente laddove beni del patrimonio destinato abbiano già costituito oggetto di vana esecuzione forzata o nell'ipotesi in cui la incapienza del patrimonio si fosse già manifestata o la liquidazione abbia già avuto luogo senza alcun risultato. Ciò indurrebbe a concludere che la liquidazione potrebbe chiudersi con la sussistenza di un residuo passivo, senza alcuna altra conseguenza in termini di effetti nei confronti della società, posta la impossibilità (salva diversa previsione) per i creditori particolari di aggredire il patrimonio (LOCORATOLO, *o cit.*, 190).

⁷⁷ COMPORTI, *Articolo 156*, *cit.*, nota 18.

7. La violazione delle regole di separatezza

Il terzo comma dell'art. art. 156, 1. fall., sancisce che *“se risultano violate le regole di separatezza fra uno o più patrimoni destinati costituiti dalla società e il patrimonio della società medesima, il curatore può agire in responsabilità contro gli amministratori e i componenti degli organi di controllo della società ai sensi dell'art. 146 l. fall.”*.

La norma configura una mera specificazione della generale legittimazione del curatore ad esercitare le azioni di responsabilità, finalizzata a *marcare* gli effetti della separazione. Al contrario l'art. 209 del citato schema di D.d.l. di riforma delle procedure concorsuali, sanciva, con ben altra forza ed impatto, che *“Se dopo la costituzione del patrimonio destinato, sono fraudolentemente violate le regole di separatezza fra più patrimoni destinati costituiti dalla società e fra il patrimonio destinato e il patrimonio della società, quest'ultima ed i suoi amministratori rispondono illimitatamente per tutte le obbligazioni sorte con riferimento all'affare oggetto del patrimonio destinato le cui regole di separatezza risultano violate”*. In buona sostanza si trattava di una scelta adottata sul modello dell'art. 11 della legge portoghese 25 agosto 1986, regolante l'impresa individuale a responsabilità limitata⁷⁸, secondo cui l'inosservanza delle regole di separazione è causa di perdita della limitazione della responsabilità.

In realtà già l'art. 22 del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, stabilisce il principio della c.d. doppia separazione patrimoniale in quanto il patrimonio dell'intermediario (impresa di investimento, società di gestione del risparmio, intermediario finanziario ex art. 107 t.u.b) va tenuto distinto da quello dei singoli clienti ed il patrimonio di ogni cliente va tenuto distinto da quello degli altri. La violazione del divieto è sanzionata penalmente (art. 168 t.u.b.). Dalla disciplina dettata dall'art. 91, t.u.b., richiamato dall'art. 57, del t.u.f., si ricava che il principio della separazione trova piena attuazione anche in caso di procedura concorsuale. Nel caso in cui il principio di separazione sia stato rispettato dall'intermediario, i commissari liquidatori dovranno procedere alla restituzione a ciascun cliente degli strumenti finanziari di sua competenza. Nel caso invece che l'obbligo di separazione sia stato completamente violato e vi sia stata totale confusione tra i mezzi amministrati della clientela e quelli dell'intermediario finanziario, gli investitori non potranno che concorrere con gli altri creditori sul patrimonio indifferenziato, trasformandosi il diritto alla restituzione in via specifica nel

⁷⁸ Come ricordato da autorevole dottrina (PORTALE, *Dal capitale <assicurato> alle <tracking stocks>*, in *Riv. Soc.*, 2002, 167).

credito dell'equivalente da far valere al passivo chirografario, secondo il generale principio sancito dall'art. 79, l.fall.⁷⁹, per il caso che prima dell'apertura della procedura concorsuale il fallito abbia perso il possesso dei beni oggetto di domanda di rivendica o restituzione⁸⁰.

Nella fattispecie concreta dei patrimoni destinati a specifici affari, la violazione delle regole di separatezza e la conseguente confusione delle masse può derivare anche dalla mancata espressa menzione del vincolo in funzione della tracciabilità degli atti o dal sorgere di obbligazioni derivanti da fatto illecito (*ex art. 2447-quinquies, c.c., commi 3 e 4*), che producendo la responsabilità illimitata del patrimonio generale della SpA di fatto producono confusione rispetto alle diverse categorie di creditori ed al loro affidamento. E d'altra parte l'azione *ex art. 146, l. fall.*, può trarre origine sia dal pregiudizio arrecato ai creditori sociali, quando la confusione abbia beneficiato i creditori dell'affare o degli affari, sia dal pregiudizio arrecato ad una categoria di creditori speciali quando la confusione abbia beneficiato un'altra categoria relativa ad un diverso affare.

8. La liquidazione dei patrimoni destinati in sede fallimentare

La ricostruzione complessiva del fenomeno dei patrimoni destinati, in sede concorsuale, fa emergere che sia in caso di fallimento della SpA *gemmante* (laddove il curatore non voglia o non possa proseguire l'attività ovvero non ceda unitariamente il compendio), sia in caso di incapacità del patrimonio in quanto tale, si apre una fase di liquidazione ad opera della procedura disciplinata da regole del tutto speciali.

Si è rilevato che il fenomeno liquidatorio è strettamente connesso al *rapporto contrattuale* considerato nella propria e distinta singolarità: è il rimedio, in sostanza, che "la legge concede al singolo creditore in relazione al singolo rapporto e che, tuttavia, finisce con produrre un effetto espansivo

⁷⁹ Nella nuova versione l'art. 79, l. fall., (Possesso del fallito a titolo precario) dispone che "1. Se le cose delle quali il fallito deve la restituzione non si trovano più in suo possesso dal giorno della dichiarazione di fallimento e il curatore non può riprenderle, l'avente diritto può far valere nel passivo il credito per il valore che la cosa aveva alla data della dichiarazione del fallimento. 2. Se il possesso della cosa è cessato dopo l'apposizione dei sigilli l'avente diritto può chiedere l'integrale pagamento del valore della cosa e il credito è regolato a norma dell'art. 111, n. 1. 3. Sono salve le disposizioni dell'art. 1706 del codice civile".

⁸⁰ Sul tema COSSU, *I <<patrimoni di destinazione>> nella liquidazione coatta amministrativa: la (parziale) svolta della giurisprudenza di merito*, in *Banca, borsa*, 2003, II, 302 ss.; inoltre mi permetto di rinviare a FIMMANÒ, *Sim, Eurosim e disciplina dell'insolvenze*, in *Soc.*, n. 8, 1996; Id., *Decreto Eurosim: la disciplina delle crisi*, in *Soc.*, 1996, 1035.

nei confronti dell'intero patrimonio destinato laddove esso sia tale da incidere sull'esito dell'affare". In sostanza, la liquidazione nasce come strutturalmente e finalisticamente collegata al rapporto obbligatorio nella sua singolarità, producendo tuttavia un effetto sull'intero patrimonio destinato e risponde all'esigenza di conciliare i rimedi tipici del diritto contrattuale con l'esistenza del microsistema normativo della cellula, priva di soggettività, ma *riferimento* di un'attività economicamente complessa in relazione ad una categoria di creditori (che, per quanto estesa, non costituisce la generalità dei soggetti titolari di diritti nei confronti della società)⁸¹.

La eventuale fine dell'affare, per effetto del fallimento, non produce la cessazione della separazione, né lo scioglimento in senso proprio della *cellula* vista la mancanza di autonomia e soggettività della stessa, ma comporta la liquidazione secondo alcune regole specifiche, integrate dalla regole generali dettate per le società di capitali *in quanto compatibili*.

L'art. 2447-novies, c.c., si limita a disporre che nel momento in cui lo specifico affare è portato a compimento o diviene impossibile⁸², ovvero nei casi di cessazione convenzionale previsti dalla delibera costitutiva⁸³ (quale ad esempio la decorrenza di un termine di durata⁸⁴), gli amministratori o il consiglio di gestione (o il curatore se la S.p.A. è fallita) devono redigerne il

⁸¹ LOCORATOLO, *o ult. cit.*, 186, per il quale la legge ha inteso fornire del patrimonio destinato e della società che lo costituisce una rappresentazione per cerchi concentrici: il microsistema del patrimonio destinato, cui afferisce un proprio, limitato sistema di definizione del momento patologico, rappresentato dalla possibile liquidazione e, tuttavia, dotato di requisiti di generalità in relazione alla "classe" di creditori particolari; il macrosistema della società, sottoposto alle regole generali tanto nella fase fisiologica dei rapporti quanto in quella patologica della crisi d'impresa, con la ordinaria applicazione della legge fallimentare nella sua integrale previsione.

⁸² Si è ipotizzata la ricorrenza della sopravvenuta impossibilità dell'affare nel caso in cui sia venuta meno durante la gestione la originaria congruità dei mezzi rispetto allo scopo (LAMANDINI, *Patrimoni <<destinati>> e tutela dei creditori*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano 2005, Vol. III, Tomo, II, 2818).

⁸³ Alle ipotesi *nominate* si aggiunge la possibilità, espressamente prevista dall'ultimo comma della norma, che la delibera istitutiva del patrimonio possa disciplinare circostanze dalle quali far discendere la cessazione della destinazione ed il venir meno della separazione patrimoniale. La società è libera di determinare il loro contenuto ma non potranno essere di *natura meramente potestativa*, ovvero lasciate al mero giudizio discrezionale degli amministratori, dovendo tuttavia essere ancorate pur sempre ad indicazioni oggettive, del tipo, ad esempio, di mancata realizzazione degli obiettivi reddituali attesi nell'arco di tempo prestabilito, ovvero della sopravvenuta non convenienza economica dello svolgimento dell'affare (COMPORTELLI, *ocit.*, 1009).

⁸⁴ Nella disposizione di cui all'art. 2447 *ter*, c.c., non c'è alcun riferimento ai tempi di realizzazione dell'affare al contrario di quanto accade per i finanziamenti dedicati a norma dell'art. 2447-decies, comma 2, lettera a). Non v'è tuttavia alcuna controindicazione alla possibilità di prevedere un termine decorso il quale l'affare s'intende non più perseguibile. Anzi il fatto che a nostro avviso l'affare deve integrare un'attività finalistica e non *ciclica* comporta che una durata sia identificabile in rapporto alla sua realizzazione e quindi cessi nel caso venga portato a compimento o divenga impossibile o vada oltre il termine convenzionalmente fissato (*contra*: ABRIANI, *La struttura finanziaria della società di capitali nelle prospettive della riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 154; pur con qualche dubbio COMPORTELLI, *o loc. ult. cit.*).

rendiconto finale, accompagnato da una relazione dei sindaci e dell'incaricato della revisione contabile⁸⁵.

Peculiare il risvolto dell'*informazione* in quanto non è prevista l'iscrizione dell'evento-cessazione ma il mero *deposito* del rendiconto presso il registro delle imprese⁸⁶: in un sistema di regole basate sull'assetto rigido del capitale sociale la pubblicità della fine della separazione avrebbe sicuramente avuto una *struttura simmetrica* rispetto alla pubblicità della delibera costitutiva⁸⁷.

A monte del rendiconto non è contemplata una formalizzazione della volontà (ad opera degli amministratori o del curatore), che presupporrebbe la declaratoria di avvenuto compimento o di impossibilità di realizzazione dell'affare ovvero di accertamento dell'avverarsi di una causa *convenzionale*, a fronte di una fase costitutiva basata sulla delibera dell'organo amministrativo e sugli eventuali rimedi di tipo oppositorio.

Il legislatore non ha *deliberatamente* inserito, nel quadro sistematico, una corrispondente costruzione cui collegare il momento estintivo, concependo *un sistema di tutela* per i creditori particolari diverso da quello contemplato per i creditori sociali in sede di istituzione del patrimonio. Difatti non è previsto alcun potere di impugnativa o comunque di opposizione al rendiconto, e quindi si è sostanzialmente inteso attribuire al curatore (agli amministratori se la SpA è *in bonis*) ogni decisione in ordine alla cessazione dell'affare, previo evidentemente parere del comitato dei creditori ed autorizzazione del giudice delegato.

La prescrizione del deposito, in luogo della forma tipica di pubblicità delle delibere, conferma che non si è voluta una determinazione cui collegare l'effetto estintivo⁸⁸ nella logica di non assoggettare le destinazioni

⁸⁵ Occorre ritenere che l'intervento del revisore è necessario laddove la società sia già soggetta alla revisione contabile ovvero abbia emesso titoli sul patrimonio diffusi in maniera rilevante ed offerti ad investitori non istituzionali.

⁸⁶ Si è osservato che tale deposito, in caso di fallimento, andrebbe effettuato, a norma dell'art. 14 della legge fallimentare, anche presso il tribunale competente per la dichiarazione di insolvenza, unitamente al deposito delle scritture contabili (VINCRE, *o cit.*, 130).

⁸⁷ Sul tema mi permetto di fare riferimento a FIMMANÒ, *Assetti rigidi ed assetti variabili nell'articolazione del patrimonio della SpA*, in Studi in onore di Vincenzo Buonocore, Milano, 2005, vol. III, tomo II, 2567 s. ed in *Giur. comm.*, 2005, I, 883 s.

⁸⁸ Secondo una impostazione diversa l'assenza di un atto deliberativo formale incide sulla stessa modalità dell'accertamento e pone il problema dei sistemi attraverso cui gli amministratori dirimeranno gli eventuali contrasti che possono sorgere in relazione alla decisione di dichiarare impossibile e/o realizzato l'affare. Soprattutto per l'ipotesi dell'impossibilità della realizzazione, che si presta a valutazioni differenti e sfugge alla mera rilevazione di indici oggettivi esteriori, è ipotizzabile che sorgano contrasti all'interno dell'organo collegiale riguardo alla declaratoria di cessazione dell'affare. Presupposto della rendicontazione finale sarebbe rappresentato da una delibera dell'organo amministrativo, che potrà contare sul *quorum* ordinario di cui all'art. 2388, 2^o, c.c., ovvero la maggioranza dei presenti e non su quello previsto in sede di costituzione dall'art. 2447-ter, ultimo comma, c.c., pari alla maggioranza assoluta dei componenti. Si ritiene che, spirato

patrimoniali a regole societarie *tradizionali*, optando per un regime del tutto diverso. Anche in sede fallimentare occorre la relazione *unica* dei sindaci e del soggetto incaricato della revisione contabile, che va semplicemente depositata presso l'ufficio del registro delle imprese e si risolve in un controllo di mera regolarità contabile, *inidonea* all'individuazione di possibili abusi⁸⁹.

La destinazione, alla luce del combinato disposto dei commi 1 e 2, dell'art. 2447-novies, c.c., non cessa al momento del deposito del rendiconto ma al momento della infruttuosa scadenza del termine decorrente dal deposito concesso ai creditori particolari per la notifica dell'istanza di liquidazione.

Il legislatore permette ai creditori non ancora soddisfatti, al momento della conclusione dell'affare, di impedire, mediante l'invio di lettera raccomandata alla società entro tre mesi dal deposito del rendiconto⁹⁰, il venir meno della destinazione chiedendo la *liquidazione* del patrimonio cui vanno applicate per quanto compatibili le norma sulla liquidazione della società⁹¹. In questo modo tali creditori potranno soddisfarsi direttamente su

il termine trimestrale per la richiesta di liquidazione e, quindi, approvato implicitamente il rendiconto finale, gli amministratori abbiano il dovere di chiedere l'annotazione presso il registro delle imprese della cessazione della separazione, così come inizialmente avevano depositato la delibera costitutiva del patrimonio separato, in base all'art. 2447-quater, 1° co., c.c.. Quindi, solo dall'effettuazione dell'annotazione stessa il patrimonio destinato verrebbe meno e i beni e i valori che lo compongono rientrerebbero a far parte del patrimonio della società o del patrimonio di coloro ai quali, in base al rendiconto, spettano (così BOZZA, *Patrimoni destinati, ocit.*, 132 s.; MIGNONE, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Commentario alla riforma delle società di capitali*, diretto da COTTINO E BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, Bologna, 2004, tomo 2, 1663; nello stesso senso GENNARI, *o cit.*, 136 secondo cui è difficile ipotizzare la mancanza di un accertamento delle cause di cessazione convenzionale prima di procedere con la liquidazione del patrimonio e la conferma sarebbe nella normativa riguardante la spedizione telematica degli atti societari alle Camere di Commercio, anche di quelli non rogati dal notaio, che predispone appositi moduli non solo per le deliberazioni di costituzione, ma anche per quelle modificative o estintive dei patrimoni destinati).

⁸⁹ Per effetto di una interpretazione letterale della legge deve quindi concludersi che si tratta di una sola relazione (in tal senso BOZZA, *o cit.*, 134) se fossero stati differenziati i poteri di questi due organi si sarebbero dovute chiedere due relazioni ed il richiamo comporta che è richiesto l'intervento di chi è deputato al solo controllo contabile, senza che occorra il controllo sugli aspetti gestionali dell'operazione. L'intervento del soggetto incaricato della revisione non necessariamente deve essere un esterno, poiché, nei casi in cui la società non ha l'obbligo di nominare una società di revisione (ovvero non si ritrova nella fattispecie prevista all'art. 2447-ter, lett. f, c.c.), la revisione può essere esercitata dal soggetto che ordinariamente svolge l'attività all'interno della società, e tale ultimo soggetto, nel caso di cui all'art. 2409-bis, ult. co., c.c. coincide col collegio sindacale (in tal senso anche COMPORTI, *o cit.*, 1008).

⁹⁰ La richiesta di liquidazione del patrimonio separato altro non è che lo strumento diretto col quale i creditori particolari chiedono alla società di gemmazione di liquidare i beni sociali destinati allo specifico affare, quali risultanti dal rendiconto finale, e con le somme ricavate ottenere l'adempimento dei crediti da loro stessi vantati (POLLIO, *La liquidazione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in BARTOLOMUCCI, MANDRIOLI, POLLIO, VIOTTI, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, Milano, 2004, 231 s.).

⁹¹ Qualcuno si è chiesto qual è l'organo che deve disporre la liquidazione della cellula e se per caso l'assemblea deve nominare liquidatori *ad hoc* (GENNARI, *o loc. ult. cit.*, 142; MIGNONE, *o cit.*, 1664). In

quanto viene ricavato dalla liquidazione prima che i beni stessi perdano la *funzionalizzazione*⁹². I titolari di questi diritti di credito possono chiedere la liquidazione del patrimonio in linea con la tutela differenziata dei creditori particolari dell'affare cui il patrimonio medesimo è stato destinato⁹³.

Il rimedio è diretto a impedire una speciale *riqualificazione* dei beni della cellula quale parte della generale responsabilità patrimoniale della società⁹⁴. Il sistema suppone come meramente eventuale il fatto di una preventiva definizione dei rapporti obbligatori pendenti rispetto alla cessazione della destinazione. In particolare, benché prevista tra le distinte possibilità, resta il fatto che un'eventuale cessazione del patrimonio prima dell'avvenuto integrale pagamento dei crediti sorti per la gestione e per la realizzazione dell'affare può essere ritenuta in contrasto con il principio di buona fede oggettiva⁹⁵.

La liquidazione del patrimonio destinato, ossia la trasformazione dei beni *funzionalizzati* in denaro, non opera in maniera *automatica* ma è subordinata al verificarsi di due condizioni: il deposito del rendiconto finale presso il registro delle imprese ed il formale impulso da parte dei creditori particolari insoddisfatti, nei novanta giorni successivi al deposito del rendiconto. Questi ultimi essendo portatori di pretese non soddisfatte hanno *evidentemente* tutto l'interesse a che vengano liquidati i beni costituenti il patrimonio e col ricavato saldati i debiti che risultano pendenti alla data di cessazione dell'affare.

Questi creditori potrebbero tuttavia non chiedere la liquidazione e dare seguito ad azioni esecutive individuali per escutere i beni contenuti nella cellula, o persino procedere all'espropriazione anche dopo la liquidazione visto che la stessa non assume di per sé connotazioni di tipo *concorsuale*⁹⁶

realtà l'operazione è meramente gestionale e non v'è dubbio che la liquidazione del patrimonio spetta agli amministratori, o in caso di fallimento della SpA al curatore fallimentare della società.

⁹² TERRUSI, *I patrimoni delle s.a. destinati a uno specifico affare: analisi della disciplina e verifica degli effetti*, in atti del Convegno Fondazione Cesifin "Riforma del diritto societario e riflessi sulle procedure concorsuali" Lucca, 4 marzo 2004, in www.giustamm.it, 21. Quello dell'istanza di liquidazione va quindi inteso alla stregua di rimedio apprestato per la salvaguardia immediata dei diritti di credito.

⁹³ Già prima dell'entrata in vigore della riforma, sono emerse molte perplessità sull'idoneità di questo meccanismo a garantire adeguatamente i creditori: la stessa commissione per la riforma del diritto societario ha mostrato l'intenzione di intervenire, sul piano fallimentare.

⁹⁴ Il deposito grava i creditori di oneri di consultazione periodica dei fascicoli societari presso il registro delle imprese.

⁹⁵ INZITARI, *o cit.*, p 302; TERRUSI, *o cit.*, 20 (secondo cui il legislatore prevede l'ipotesi che la scelta dell'organo amministrativo di far venir meno il vincolo di destinazione risulti formalizzata mediante deposito del rendiconto finale prima di una integrale definizione delle passività).

⁹⁶ Tali per cui l'applicazione della *par condicio* impedirebbe l'inizio e/o la prosecuzione di singole azioni esecutive (POLLIO, *o loc. ult. cit.*; nello stesso senso MANFEROCE, *o cit.*, 1249). La libertà di esecuzione individuale comporta il rischio di creare un'inestricabile situazione paralizzante nel caso in cui un creditore inizi o continui la sua esecuzione sui beni compresi nel patrimonio separato ed un altro chieda la

(anche quando la SpA gemmante è fallita) e non determina alcuna paralisi della normale esecuzione. In tal caso nulla vieta che venga avviata la fase di liquidazione del patrimonio e permanga la procedura esecutiva individuale sui beni aggrediti facenti parte del patrimonio da liquidare.

Quanto ai creditori particolari che eventualmente abbiano omesso di attivare la prevista procedura di liquidazione, che funziona *come tutela immediata* operante prima ancora della cessazione della destinazione, in quanto non tempestivamente edotti dell'avvenuto deposito del rendiconto, l'art. 2447-novies, comma 3, c.c., sancisce che restano comunque salvi, con riferimento ai beni e rapporti compresi nel patrimonio destinato, i diritti previsti dall'art. 2447-quinquies, c.c.,.

Nonostante manchi un riferimento normativo specifico, ci pare che i creditori, tra quelli indicati nell'art. 2447-quinquies, c.c., cui il legislatore ha inteso riferirsi sono quelli della *cellula*⁹⁷, specie se si considera il senso della locuzione di esordio, nel quadro dell'intero testo, visto che si tratta dei titolari degli unici diritti preesistenti sui beni compresi nel patrimonio destinato, suscettibili di essere lasciati salvi dopo la cessazione della destinazione. E quindi si può affermare che il legislatore esclude che la

liquidazione, non trovando applicazione alla fattispecie in esame, il rimedio del fallimento previsto - nei termini sanciti dall'art. 10, l. fall., - nel caso della liquidazione sociale (BOZZA, *o cit.*, 142, il quale sostiene che l'*empasse* possa superarsi solamente facendo confluire nella liquidazione del patrimonio separato, in via interpretativa, anche le azioni esecutive individuali).

⁹⁷ Si è altresì osservato che se si ritenesse che la norma voglia semplicemente far salvi i diritti dei creditori particolari su beni destinati in corso di liquidazione "essa sarebbe pleonastica. Non avrebbe senso il potere dei creditori particolari di chiedere la liquidazione, se non vi fosse intrinsecamente corredato il diritto di soddisfarsi su quei beni, già riservati alla loro garanzia al momento della costituzione del patrimonio. Con il richiamo dell'art. 2447-quinquies, c.c., il legislatore avrebbe voluto comunque (come recita la norma) mantenere dopo la cessazione del patrimonio destinato una sorta di garanzia a beneficio dei creditori particolari su beni destinati alla soddisfazione dei loro crediti, senza che vi sia stata richiesta di liquidazione" (BOZZA, *o cit.*, 140). La cessazione della destinazione toccherebbe solo degli aspetti meramente formali, ma non investirebbe la sostanza del fenomeno. Secondo una ulteriore impostazione il richiamo farebbe riferimento più che ai creditori particolari "a quella categoria di creditori sociali, che per ragioni descritte nella norma stessa possono far valere i loro diritti anche sui beni compresi nel patrimonio separato: così ad esempio per le pretese dei creditori della società su un bene immobile o su un bene mobile registrato, fino a quando non sia stata effettuata la trascrizione della destinazione, o per le obbligazioni derivanti da fatto illecito rispetto alle quali la società ha sempre una responsabilità illimitata... Secondo questa lettura...la liquidazione non pregiudica i diritti dei creditori particolari sul patrimonio destinato, ma non pregiudica neppure i diritti (sui beni oggetto della liquidazione) di quelle categorie speciali di creditori sociali, che sono descritte dall'art. 2447-quinquies.... Lo strumento di tutela concesso dal legislatore ai creditori del patrimonio consiste dunque nella possibilità di far liquidare in via separata il patrimonio destinato alla loro soddisfazione. Se tuttavia essi non esercitano tale facoltà nel termine loro concesso, non vi è alternativa al concorso di tutti i creditori sociali su tali beni" (VINCRE, *o cit.*, 132). Su questi presupposti e sulla base dell'equivalenza supposta dal comma 3 dell'art. 2447-novies, c.c., questa dottrina ritiene in modo non condivisibile che "il fallimento della società provochi la impossibilità di realizzare l'affare, la cessazione della destinazione del patrimonio e la conseguente avocazione dello stesso al patrimonio generale della società fallita".

infruttuosa decorrenza del termine trimestrale possa comunque comportare l'estinzione del diritto di credito nella forma dell'estinzione non soddisfattiva.

9. La sorte delle diverse categorie di creditori

In ogni caso, anche dopo la cessazione dell'affare, i creditori particolari possono quindi richiedere alla società l'adempimento delle obbligazioni, ferma restando la necessità di poter contare, ai detti fini, soltanto sui beni facenti parte del patrimonio destinato, visto che solo questi avrebbero potuto essere oggetto di quella fase liquidatoria alla quale non si è fatto luogo⁹⁸, fatti salvi i casi di responsabilità sussidiaria convenzionale o illimitata previste dal codice per i patrimoni destinati.

Dunque, in caso di inutile spirare del termine, la *funzionalizzazione* viene meno e, *fatta salva la prelazione dei creditori particolari insoddisfatti sui beni che costituivano la cellula*, il contenuto rientra nel patrimonio generale⁹⁹. La perdurante prelazione riconosciuta ai relativi creditori comporta che, pur essendo venuto meno il profilo della destinazione, sia tuttavia persistente quello della segregazione come attributo del patrimonio¹⁰⁰. D'altra parte il nostro codice contempla fattispecie di separazione in funzione di garanzia di beni già appartenuti al soggetto estinto¹⁰¹, senza che da ciò possa dedursi la *sopravvivenza* dello stesso e per l'effetto la previsione normativa contempla un'ipotesi di dissolvimento del patrimonio¹⁰².

⁹⁸ Una volta riconfuiti nel patrimonio sociale, i beni restano vincolati al soddisfacimento privilegiato dei creditori dell'affare cui erano dedicati; fattispecie che può verificarsi laddove la liquidazione non sia stata effettuata in modo corretto o completo. Sistema analogo è stato proposto *de iure condendo* per la fusione applicando lo strumento della separazione con soddisfazione a preferenza dei creditori pregiudicati dall'operazione di fusione (LUCARELLI, *La nuova disciplina delle fusioni e scissioni: una modernizzazione incompiuta*, in *Riv. soc.*, 2004, 1374).

⁹⁹ Si è osservato che ai terzi apportanti la società deve riconoscere il solo diritto ad una quota di utili eventualmente realizzati e non anche il diritto alla restituzione dell'apporto, a meno che ciò sia stato appositamente convenuto nei patti stipulati con il terzo in fase di costituzione dei patrimoni destinati (POLLIO – PAPAEO, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati ad uno specifico affare (osservazioni alla prassi e riflessioni concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, 143, sulla base della "Bozza per commenti del principio contabile Oic 2" intitolata "Patrimoni destinati ad uno specifico affare", in www.fondazioneoic.it).

¹⁰⁰ Si è giustamente affermato che la separazione ha un senso se è in grado di resistere finché sono presenti due categorie di creditori (ROCCO DI TORREPADULA, *o cit.*, 50).

¹⁰¹ Art. 512, c.c.,.

¹⁰² Cfr. MEOLI, *Patrimoni destinati e insolvenza*, cit. 114, (per il quale ciò non impedisce di ipotizzare che il patrimonio sia esposto alla dichiarazione di fallimento, entro l'ordinario termine dell'art. 10, l. fall., il cui campo di applicazione è, come tutti sanno, oramai esteso ad ogni entità fallibile).

Di conseguenza se la separazione persiste, permane l'obbligo di conservare l'integrità dei beni e dei rapporti già destinati¹⁰³ al fine di assicurare effettività alle ragioni dei *creditori particolari*¹⁰⁴, che dopo l'estinzione del patrimonio possono agire solo sui beni già oggetto di destinazione¹⁰⁵. E col permanere dell'obbligo si configura la conseguente responsabilità in caso di violazione, ex art. 156, 3^o co., l. fall., delle *regole di separazione fra uno o più patrimoni destinati costituiti dalla società e il patrimonio della società medesima...*"

Sulla base della ricostruzione complessiva proposta e della salvezza contenuta nell'ultimo comma dell'art. 2447-novies, c.c., riteniamo che anche in caso di liquidazione del patrimonio, laddove dopo la chiusura della stessa, sopravvengano creditori dell'affare rimasti *ignoti*, la separazione potrà *ultragire* a beneficio degli stessi, consentendo loro di rivalersi sul patrimonio sociale nei limiti del *valore effettivo* di quanto vi dovrebbe riconfluire a seguito della liquidazione della *cellula*¹⁰⁶.

Le scelte normative adottate presentano comunque un profilo di criticità nelle destinazioni comprendenti beni immobili, o beni mobili registrati, tenuto conto che nell'attuale sistema, caratterizzato dalla tipicità degli atti soggetti a trascrizione, dettato dagli artt. 2643 e ss., c.c., è difficile ipotizzare una annotazione in totale cancellazione di un vincolo patrimoniale sulla base del mero fatto dell'avvenuto deposito di un rendiconto presso il

¹⁰³ Art. 2394, c.c.,

¹⁰⁴ Obbligo particolarmente rilevante laddove gli stessi beni siano costituiti da somme di denaro, che, essendo fungibili, si confondono immediatamente nel patrimonio della società. Per la giurisprudenza le domande ex art. 103, l. fall., sono infatti ammissibili solo quando abbiano ad oggetto cose mobili determinate non fungibili esattamente individuate per specie (Cass. 16 maggio 1990, n. 4262, in *Fall.*, 1991, 1193; Cass. 20 febbraio 1984, n. 1200, *ivi*, 1984, 1163; Cass. 11 giugno 1971 n. 1728, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 354; Trib. Torino 7 luglio 1988, in *Dir. fall.*, 1989, II, 869). La limitazione alle cose determinate sarebbe dovuta al fatto che delle cose generiche non può trasferirsi il possesso mantenendone la proprietà (tra gli altri cfr. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Tratt. dir. comm. e pubbl. economia* diretto da GALGANO, IX, Padova 1986, 627; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 1526 s.). Tuttavia anche in altre situazioni il principio è stato interpretativamente attenuato (sul punto MAYR, *L'ambito di applicazione dell'art. 103 della legge fall.*, in *Banca, borsa*, 1992, II, 491 s., nota a Trib. Torino 28 febbraio 1991). La giurisprudenza ha infatti ammesso la rivendicabilità delle cose fungibili ove sia intervenuto un fatto che ne abbia determinato l'impossibilità di confusione nel patrimonio del fallito (nello stesso senso JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968 39 s.).

¹⁰⁵ Secondo una diversa impostazione i creditori particolari insoddisfatti che non abbiano chiesto la liquidazione avrebbero l'onere di individuare e di aggredire, in caso di mancato adempimento spontaneo, soltanto i beni residuati dalla cessazione e tornati nel patrimonio generale, salvo che su di essi non si siano già soddisfatti creditori generali tempestivamente attivatisi (MIGNONE, *o cit.*, 1662; INZITARI, *o cit.*, 302; GENNARI, *o cit.*, 148).

¹⁰⁶ INZITARI, *o cit.*, 302, ROCCO DI TORREPADULA, *o cit.*, 50; che fanno salva la ulteriore responsabilità solidale di chi abbia esercitato funzioni di liquidazione della cellula per il caso in cui il mancato pagamento sia dipeso da loro colpa (art. 2495, c.c.).

registro delle imprese¹⁰⁷ o del successivo evento dell'integrale soddisfazione dei creditori particolari a seguito della liquidazione o meno della *cellula*.

10. Il rendiconto finale

E' abbastanza ovvio che, essendo la liquidazione ad opera del curatore disciplinata dalle stesse regole di quella realizzata dagli amministratori della SpA istituyente, occorre redigere anche in sede concorsuale il c.d. *rendiconto finale*. In generale non è agevole stabilire cosa effettivamente si intende con questo termine, quale sia la sua natura¹⁰⁸, quale il contenuto, quali i criteri di redazione e di valutazione¹⁰⁹. La questione si è già posta in tema di società

¹⁰⁷ Ci si è chiesto, qualora la *cellula* comprenda anche beni immobili o diritti reali immobiliari, se appunto debba darsi pubblicità della causa di cessazione della destinazione anche nei registri immobiliari, in simmetria con quanto avviene al momento in cui quella destinazione viene costituita e se ciò possa avvenire con il mezzo tecnico dell'*annotazione* a margine della trascrizione originaria della delibera costitutiva. Si potrebbe pensare infatti di annotare in tal modo ai sensi dell'art.2655,c.c., posto che non esiste alcun atto pubblico o scrittura privata autenticata tipicamente previsto dalla norma - un atto ricognitivo di avveramento della condizione risolutiva ora legale ora convenzionale (in tal senso cfr. GUGLIELMO, *Società unipersonali e patrimoni destinati*, in *Riv. not.*, 2004, 613 s.; nonché BOZZA, *o cit.*, 138; ove si precisa che si tratterebbe di condizione caratterizzata da irretroattività degli effetti, in quanto afferente ad un'attività che presuppone un'esecuzione continuativa una serie cioè di atti di gestione, art.1360, ultimo comma, c.c.). Ma sul piano della normazione positiva un siffatto obbligo, in verità, non si riscontra, e non pare possibile nemmeno ricorrere al mezzo tecnico dell'*annotazione* non richiesta dalla legge a margine della trascrizione originaria della delibera costitutiva, stante l'inesistenza di un principio di pubblicità *facoltativa* nel nostro sistema di pubblicità immobiliare, e stante l'applicabilità di tale principio anche al procedimento pubblicitario previsto per l'*annotazione*. La qual cosa deve portare a propendere per la sola pubblicità commerciale, prevista dall'art. 2447-novies, c.c., al fine di dare conoscenza della definitiva cessazione della destinazione originariamente impressa ai beni immobili compresi nel patrimonio dedicato, quale che ne sia la causa. Ciò con tutte le relative conseguenze prospettate.

¹⁰⁸ Rispetto alla qualificazione come mera situazione patrimoniale, o vero e proprio bilancio, si propende per la seconda soluzione in grado di fornire un'informativa esaustiva relativamente allo specifico affare. Informativa che viene poi completata dalla citata relazione dei sindaci e del soggetto incaricato della revisione contabile.

¹⁰⁹ Per quanto riguarda invece l'adozione di *criteri straordinari* di redazione, si è rilevato che la mancata previsione di uno specifico organo di liquidazione dovrebbe far presumere che il legislatore escluda questa ipotesi e che quindi si tratti di un vero e proprio bilancio ordinario. Dunque, si dovrebbero applicare i criteri di cui all'art. 2423, c.c., relativi a un'impresa in funzionamento. Invero, nel secondo comma dell'articolo in commento, il legislatore (con riferimento alla richiesta dei creditori di liquidazione delle obbligazioni contratte per lo svolgimento dello specifico affare cui era destinato il patrimonio) parla di compatibilità con le disposizioni previste per la liquidazione. Per l'effetto sarebbe più opportuno entrare nel merito delle cause che hanno determinato la conclusione dell'affare e regolarsi di conseguenza. In particolare, nel caso in cui l'affare si concluda perché realizzato, o perché non si può realizzare, si dovrebbe redigere un bilancio ordinario d'esercizio. Di contro, qualora la conclusione si manifesti in seguito a un dissesto patrimoniale relativo allo specifico affare si dovrebbero applicare i criteri di valutazione previsti per la redazione del bilancio di liquidazione (cfr sul punto D'AMICO, *L'informativa contabile dei patrimoni destinati*, in AA.VV., *La riforma delle società di capitali: aziendalisti e giuristi a confronto*, Milano, 2004, a cura di ABRIANI - ONESTI, 291).

di persone¹¹⁰, essendo discusso se il rendiconto vada identificato con un vero e proprio bilancio, tuttavia assume peculiare rilievo nella fattispecie dei patrimoni destinati per gli effetti connessi al relativo deposito.

Si deve ritenere che la sua redazione sia preordinata alla rappresentazione del *risultato finale dell'affare*, delle partite creditorie e debitorie scaturite dalla gestione, nonché dei flussi finanziari che la stessa ha generato in favore dei terzi¹¹¹. Se si propende per la tesi secondo cui il rendiconto in esame non si discosti da quello previsto all'art. 2447-septies, 2^o co., c.c.¹¹²: tale documento dovrebbe essere redatto nelle forme del bilancio d'esercizio, non solo per i criteri di redazione utilizzati, ma anche per lo specifico contenuto, e cioè le voci sia di stato patrimoniale che di conto economico¹¹³. V'è chi tuttavia, muovendo da un nozione di rendiconto in *sensu strettamente tecnico*, ha assimilato il documento al rendiconto del mandatario, sicché lo stesso si concretizzerebbe in un prospetto ragionato delle operazioni compiute, delle entrate e delle uscite nel quale rendere conto dei risultati finali ottenuti dalla gestione dell'affare cui il patrimonio è destinato, come tale da tenersi nettamente distinto dal bilancio d'esercizio redatto ai sensi degli artt. 2423 ss., c.c.,¹¹⁴.

Comunque, se nel contenuto il rendiconto è assimilabile al *bilancio di liquidazione*, resta fermo che il primo soltanto rappresenta un consuntivo dell'andamento dell'affare, mentre il secondo è preordinato alla liquidazione del patrimonio sociale per la ripartizione della quota finale e residua ai soci secondo le relative risultanze¹¹⁵, eventualità questa che nel caso della *cellula* di SpA può anche non verificarsi, in relazione evidentemente alla relativa *incapienza*.

¹¹⁰ Art. 2261, c.c.,.

¹¹¹ COMPORTI, *o cit.*, 1010.

¹¹² La disposizione recita che “per ciascun patrimonio destinato gli amministratori redigono un separato rendiconto, allegato al bilancio secondo quanto previsto dagli artt. 2423 e ss.”. La norma lascia intendere che le disposizioni sul bilancio d'esercizio si applicano formalmente anche al rendiconto, quando invece la detta espressione non trova mai menzione negli artt. 2423 e ss., c.c.,. In tale ultimo senso, anche BOZZA, *o cit.*, 123, il quale osserva che qualsiasi lettura si faccia della disposizione in esame non si spiega il rinvio all'art. 2423 e seguenti, posto che tra l'art. 2423 e l'art. 2969, che chiude il nostro codice civile, a parte la normativa sui patrimoni separati, soltanto agli artt. 2487-bis, 2541, n. 4 e 2552, c.c., viene nominato il rendiconto.

¹¹³ Cfr. POLLIO – PAPAEO, *La disciplina contabile, cit.*, 154 s.

¹¹⁴ Per la cui definizione, BOZZA, *oloc. ult. cit.*, richiama, a sua volta, RORDORF, Commento a Trib. Napoli 30 marzo 1995, in *Soc.*, 1995, 1457.

¹¹⁵ Al riguardo si è osservato che l'organo amministrativo, una volta raggiunto l'obiettivo prefissato (o una volta che questo non sia più raggiungibile), non è più tenuto “a regolarizzare la posizione con i creditori, anche se ha disponibilità liquide per farlo, né ad attendere la definizione di quelle posizioni incerte, prima della presentazione del rendiconto” questo, infatti, non è equiparabile al bilancio finale di liquidazione e la ripartizione del ricavato tra i creditori che nella fattispecie costituiscono eventi successivi ed eventuali (così BOZZA, *o cit.*, 139).

Proprio rispetto ai profili funzionali il documento deve consentire la rappresentazione della situazione patrimoniale, finanziaria e reddituale del patrimonio destinato, considerato che l’informativa contabile riguardante la cessazione serve a consentire ai creditori particolari, che non siano stati integralmente soddisfatti, la richiesta di liquidazione del patrimonio e considerato che gli effetti della separazione permangono, a nostro avviso, anche dopo la rendicontazione finale ¹¹⁶. Di conseguenza il documento va inteso come un bilancio, dal quale devono risultare la situazione *patrimoniale* del compendio, cioè la contrapposizione delle attività e delle passività costituite dai beni e dai rapporti compresi (ancorché detti valori siano già oggetto di separata indicazione nel bilancio d’esercizio ¹¹⁷) e la situazione *economica*, connessa alla rappresentazione dei profili reddituali della gestione, soprattutto se la società ha emesso strumenti partecipativi all’affare dai quali emergano proventi ed utili da riconoscere ai relativi titolari ¹¹⁸. Deve poi contenere una sorta di rendiconto, questa volta “*in senso stretto*, nel quale rappresentare la dinamica dei flussi finanziari generati dalla gestione del patrimonio separato e la sua ripercussione sulla situazione patrimoniale” ¹¹⁹.

¹¹⁶ Atteso che, come visto, al terzo comma dell’articolo in esame, è stabilito che: «Sono fatti salvi, con riferimento ai beni e rapporti compresi nel patrimonio destinato, i diritti dei creditori previsti dall’art. 2447-quinquies».

¹¹⁷ In occasione della redazione del bilancio gli amministratori della società destinante debbono redigere anche il rendiconto relativo al patrimonio destinato *ex art. 2447-septies*, primo comma, c.c., (POLLIO, *La liquidazione dei patrimoni destinati cit.*, 231 s. che sul punto condivide l’opinione di COMPORTI, *o cit.*, nota 10, secondo cui “non si pone, in questa sede, il dubbio sollevato in commento all’art. 2447-septies relativamente all’estensione del contenuto del rendiconto ai dati dello stato patrimoniale; il rendiconto finale, presentandosi quale documento autonomo rispetto al bilancio di esercizio della società, dovrà necessariamente contenere i dati di stato patrimoniale, i quali altrimenti non verrebbero rappresentati”).

¹¹⁸ In verità sul calcolo di ripartizione degli eventuali utili ai soggetti che hanno partecipato al finanziamento dell’affare la disposizione nulla dice. Tuttavia, deve ritenersene opportuno il computo.

¹¹⁹ POLLIO, *o ult cit.*, 216 s.