

L'INSENSIBILITÀ DELLE DESTINAZIONI PATRIMONIALI AL FALLIMENTO

FRANCESCO FIMMANÒ

1. La separazione patrimoniale nell'esercizio dell'attività di impresa

Una recente giurisprudenza della Suprema Corte (Sez. I, 22 gennaio 2010, n. 1112) ha affrontato, da una angolazione del tutto inedita, il tema dei rapporti tra fallimento e fondo patrimoniale, utilizzando le analogie con l'istituto dei patrimoni destinati di società per azioni a specifici affari che per la prima volta compare nella giurisprudenza di legittimità. Questa pronuncia ci offre lo spunto per approfondire, sul piano generale, il tema del rapporto tra destinazioni patrimoniali "tipiche" e fallimento.

La Cassazione ha richiamato le norme dettate dalla legge fallimentare per le destinazioni societarie per affermare il principio della non confondibilità di beni deputati al soddisfacimento di specifiche esigenze, cogliendo implicitamente la oggettiva affinità tra i due modelli organizzativi del patrimonio¹. Infatti, il fondo patrimoniale ha, come le "cellule" di s.p.a., una funzionalizzazione ad uno scopo predeterminato (ovvero il soddisfacimento dei bisogni familiari), una concentrazione della responsabilità relativa alle obbligazioni assunte per il raggiungimento dello scopo, e al tempo stesso consente ai creditori particolari (familiari) di aggredire eventualmente il patrimonio personale dei coniugi non destinato senza che occorra la preventiva escussione del fondo². Peraltro ciò vale se i canoni previsti dalla legge per il funzionamento della deroga vengono rispettati, altrimenti interviene anche la responsabilità per cattiva amministrazione, da parte dei coniugi, dei beni costituenti il fondo³.

¹ Sull'analogia e sui conseguenti effetti cfr. già F. Fimmanò, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008, 14 s.

² Per questa ragione v'è chi in passato ha osservato che non potrebbe parlarsi di una vera e propria separazione in mancanza di una norma che vincoli le due categorie di creditori ad agire rispettivamente sul patrimonio personale dei coniugi o sul fondo (F. Santosuosso, *Delle persone e della famiglia*, in *Comm., cod. civ.*, Torino, I, 1, III, 1984, 119 s.).

³ Sul tema cfr. anche B. Grasso, *Il regime patrimoniale della Famiglia – Il fondo patrimoniale*, in

D'altra parte anche il fondo patrimoniale può prestarsi, quando viene istituito da un imprenditore commerciale, ad una forma indiretta di limitazione della responsabilità nell'esercizio dell'attività d'impresa con la parcellizzazione del patrimonio generale di un soggetto, esattamente come nei patrimoni destinati di s.p.a. che viceversa sono frutto della specializzazione patrimoniale di una persona giuridica. Tuttavia nella costituzione del fondo da parte dell'imprenditore manca la destinazione (in senso tecnico) di un patrimonio d'impresa, separato dal patrimonio personale, conferito per lo svolgimento dell'attività e, soprattutto, mancano le garanzie proprie del modello della società unipersonale, difettando lo stesso presupposto per l'applicabilità dell'insieme delle regole societarie proprie di quest'ultimo tipo, la cui presenza è indispensabile per consentire una deroga al principio della responsabilità patrimoniale generale di cui all'art. 2740 c.c.⁴.

Con il fondo il coniuge imprenditore sottrae alcuni beni del proprio patrimonio generale per destinarlo non già all'esercizio di attività d'impresa, bensì alla tutela degli interessi familiari, realizzando con procedimento inverso una forma di esercizio individuale dell'attività d'impresa con sostanziale limitazione di responsabilità.

L'effetto infatti è analogo: la s.p.a., già dotata per definizione della responsabilità limitata, dispone di parte del suo patrimonio vincolandolo ad uno scopo e limitando, così, ulteriormente, la propria responsabilità⁵. Il

Tratt. Dir. priv., diretto da Rescigno, III, 1989; Auletta, *Il fondo patrimoniale*. Artt. 167-171, in *Comm. al cod. civ.* diretto da Schlesinger, Milano 1991, 20 ss.; A. Bartalena, *Il fondo patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 27).

⁴ Così L. Calvosa, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano, 2003, 74, che evidenzia come anche in quegli ordinamenti - come quello portoghese - in cui il fenomeno dell'impresa individuale a responsabilità limitata non societaria è ammesso vigono, imprescindibilmente, regole analoghe. Il decreto n. 248 del 25 agosto 1986, nell'introdurre in Portogallo l'impresa individuale a responsabilità limitata, ha fissato disposizioni particolarmente rigorose sulla formazione del capitale dell'impresa, sull'autonomia patrimoniale dei beni destinati all'esercizio della stessa, sull'effettiva separazione del patrimonio personale da quello dell'impresa, sulla pubblicità degli atti della medesima e sulla tenuta di una contabilità idonea a rilevare annualmente, con esattezza e verità, i risultati della gestione. Si tratta di norme dettate, in sostanza, a tutela dell'interesse dei terzi che entrano in contatto con l'impresa: i creditori d'impresa perdono il diritto di poter escutere l'intero patrimonio dell'imprenditore, ma ottengono in cambio il diritto a che i beni investiti nell'impresa siano rigorosamente destinati al pagamento dei debiti d'impresa. Al riguardo cfr. anche R. Weigmann, *L'impresa individuale a responsabilità limitata*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1999, 201.; A. Grisoli, *Le società con un solo socio*, Padova, 1971; Id., *Unipersonalità, patrimonio separato, impresa individuale a responsabilità limitata e problemi affini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 286.

⁵ Nel fondo la separazione si realizza in una forma imperfetta rispetto a quanto avviene nei patrimoni destinati, ove, salvo diversa previsione deliberativa, sui beni che costituiscono il patrimonio si potranno soddisfare solo i creditori del singolo affare i quali mai potranno aggredire

coniuge imprenditore, attraverso la costituzione del fondo persegue il medesimo fine ovvero limitare la propria responsabilità, in deroga all'art. 2740 c.c.

Tale limitazione opera totalmente nei confronti dei creditori d'impresa in ipotesi di s.p.a., là dove essi potranno aggredire il patrimonio sociale e non anche il patrimonio dei soci o del socio unico e solo limitatamente in presenza di un coniuge imprenditore; in tal caso, infatti, mentre i creditori d'impresa potranno aggredire solo il patrimonio personale del debitore, i creditori familiari potranno, indifferentemente, soddisfare le proprie obbligazioni tanto nei confronti del patrimonio personale quanto dei beni costituenti il fondo patrimoniale.

L'interesse dei creditori ben può soddisfarsi anche in presenza della specializzazione delle responsabilità, con conseguente destinazione dei beni al soddisfacimento di crediti con i quali sussiste un rapporto di funzionalità e connessione. I diritti dei creditori, dunque, non necessariamente presuppongono l'intangibilità dei principi di universalità e concorsualità patrimoniale.

Tuttavia, anche la specializzazione patrimoniale, quale esigenza propria del traffico giuridico e degli affari, acquista dignità di tutela là dove inserita entro il limite attraverso il quale l'ordinamento consente l'esercizio dell'attività d'impresa con limitazione della responsabilità⁶. Questo limite è rappresentato dal divieto di esercizio formale dell'attività d'impresa individuale a responsabilità limitata, ossia di un modello distinto rispetto a quelli che prevedano la creazione della persona giuridica.

Anche in ipotesi di società unipersonale, la limitazione della responsabilità, propria del tipo normativo utilizzato, è giustificata dall'adozione delle cautele e delle garanzie tipiche dello schermo societario: integrale versamento dei conferimenti in danaro ed adempimento degli oneri pubblicitari.

Nel fondo la destinazione di alcuni beni ai bisogni familiari da parte del coniuge che esercita attività economica comporta una diminuzione della garanzia per i creditori d'impresa ed, al contempo, consente all'imprenditore di svolgere un'attività formalmente individuale con limitazione della propria responsabilità non destinando alcuni beni all'esercizio dell'attività d'impresa come avviene con l'utilizzo del modello societario (e quindi delle garanzie di

il residuo patrimonio sociale (i creditori sociali non potranno in alcun modo soddisfare le proprie pretese sul patrimonio destinato). Vi è, in sostanza, nel fondo patrimoniale, una espresso *favor* per le ragioni del creditore familiare cui è concesso di aggredire tanto i beni del fondo quanto il patrimonio del proprio, diretto, debitore.

⁶ In tal senso S. Locorotolo, *Patrimoni destinati ed insolvenza*, Napoli, 2005, 168.

trasparenza, pubblicità, controllo ad esso connesse), ma per sottrazione dal proprio patrimonio generale.

Nelle destinazioni societarie l'obiettivo è la funzionalizzazione dei beni, concepiti in rapporto alla loro redditività non nell'ottica statica dell'appartenenza dei medesimi, quanto della loro produttività in senso dinamico, in relazione allo svolgimento dell'attività economica con una inversione di ruoli tra il binomio soggetto-beni e quello soggetto-attività⁷.

La funzione diventa la ragion d'essere della separazione, operando come qualità, modo di essere degli elementi patrimoniali separati che si distinguono in base alle diverse destinazioni ad essi date. La centralità dell'aspetto dinamico-funzionale dei beni evoca il fenomeno dell'azienda⁸ visto che si parla in tutti e due i casi di un complesso di beni e rapporti strumentali allo svolgimento dell'attività di impresa.

L'intenzione del legislatore di promuovere un processo di funzionalizzazione dei beni, evidentemente non più pensati come un qualcosa che rileva poiché appartenente ad un determinato soggetto, bensì come entità da considerare nella nuova prospettiva dinamica della loro utilità per lo svolgimento di una determinata attività economica, induce proprio ad una analogia tra l'istituto della cellula di s.p.a. e l'azienda. Tuttavia nel patrimonio beni e rapporti segregati sono destinati al servizio soltanto di uno specifico affare, mentre l'azienda è funzionale all'intera attività della società⁹.

I patrimoni destinati a specifici affari sono posti in relazione non al soggetto ma all'attività economica (organizzazione dell'impresa)¹⁰ e

⁷ La prevalenza della relazione dinamica soggetto-attività su quella meramente statica soggetto-beni, in una concezione per la quale dal valore dei beni si passa al valore della redditività.

⁸ Al riguardo C. Comporti, *Art. 2447-bis*, in *La riforma delle società, la società per azioni*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, II, Torino, 2003, 960; F. Toschi Vespasiani, *I patrimoni ed i finanziamenti destinati ad uno specifico affare nella riforma del diritto societario*, in atti del Convegno "La riforma del diritto societario: riflessioni e profili applicativi", Firenze palacongressi, 22 settembre 2003, 3.

⁹ F. Di Palo - G. De Carolis, *I patrimoni ed i finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, in *Vita not.*, 2003, 37. In entrambi i casi, il legislatore si riferisce a beni e rapporti strumentali allo svolgimento dell'attività d'impresa. Tuttavia, mentre ciò che risulta comporre il patrimonio destinato è posto esclusivamente al servizio di uno specifico affare, ciò che fa parte dell'azienda è strumentale rispetto all'attività complessiva della società. Ne discende quindi che l'azienda può essere lo strumento adatto allo svolgimento di più attività diverse, non essendo strettamente collegata ad un singolo affare, come lo è, invece, il patrimonio destinato. Un'ulteriore differenza tra i due istituti si coglie poi sul piano della disciplina giacché, mentre in tema di azienda il legislatore si preoccupa di regolare esclusivamente le vicende legate al suo trasferimento, in tema di patrimonio destinato egli si preoccupa, invece, di introdurre un sistema di responsabilità diverso da quello ordinario per le obbligazioni sorte dall'esecuzione dell'operazione specificata.

¹⁰ Il rapporto patrimonio-classe di creditori è dato da vari tipi di relazione: così tra il soggetto

traggono origine nella diversificazione del patrimonio come limitazione del rischio industriale strategico e compartimentazione della garanzia rispetto anche alle diverse categorie di creditori¹¹. La ricostruzione dell'istituto è destinata a conciliare la presenza delle vicende relative ad una pluralità di patrimoni, tutti autonomi e distinti, con l'unitarietà del soggetto cui essi afferiscono. In sostanza, l'avere voluto mantenere la tradizionale concezione dell'unicità e dell'indivisibilità del patrimonio generale facente capo all'ente, introducendo, al contempo, la concreta possibilità di scorporarlo mantenendo intatta la singolarità dell'imputazione è destinato a rappresentare il nucleo delle vicende ricostruttive.

Il termine generico affare, sprovvisto di una sua precisa tipicità terminologica¹² sul piano dell'ordinamento¹³ anche in questo caso analogamente a quanto accade per "i bisogni della famiglia" nel fenomeno

titolare del patrimonio e i beni, o tra il patrimonio e l'attività o tra il soggetto e l'attività. Si tratta in via generale di un particolare atteggiarsi "della regola della responsabilità patrimoniale (art. 2740), in dipendenza dell'impiego dei beni, che svolgono una funzione di garanzia. Ciò nel quadro di una sempre più sentita tendenza a considerare i casi di cui al 2 comma dell'art. 2740 rispondenti ad una regola che va generalizzandosi piuttosto che ad un'eccezione della responsabilità di cui al comma 1 del medesimo articolo" (così D. Santosuoso, *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati Patrimoni e finanziamenti destinati: responsabilità e tutela dei creditori e dei terzi*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 363).

¹¹ Si guarda al fenomeno quale valorizzazione della società e svalutazione del principio della persona giuridica quale unico ed esclusivo centro di imputazione delle vicende giuridiche. Si osserva come il patrimonio separato sia avvertito dal civilista come un problema, in quanto abituato a costruire il sistema sulla premessa logica ed ontologica del soggetto di diritti, termine di rapporti cui rimane formalmente estraneo (P. Ferro Luzzi, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, 126).

¹² La indeterminatezza e genericità evoca appunto quella dei "bisogni della famiglia" del fondo patrimoniale, usato dal legislatore quale criterio cui far dipendere l'individuazione della regola della responsabilità. Difatti, la genericità della formula adottata sembra eludere il principio di chiarezza nella redazione delle norme, soprattutto allorché si tratti di derogare ai principi che reggono la materia fondamentale della responsabilità patrimoniale.

¹³ Anche se il legislatore utilizza un concetto già impiegato in riferimento alla mediazione (art. 1754), al mandato (artt. 1721, 1726) e alla gestione di affari altrui (art. 2028). E la giurisprudenza, proprio in tema di mediazione ed agenzia, ha qualificato come affare "l'operazione economica generatrice di obbligazioni, anche articolate in una serie di atti diretti, nel loro complesso, a realizzare un unico interesse economico, che deve essere identificato nella produzione di utili" (Cass. 19 luglio 2002 n. 10558, in *Mass. Foro it.*, 2002). E' stato tuttavia rilevato che il termine è stato assunto dal legislatore non tanto nel significato giuridico, quanto piuttosto in quello aziendalistico, come enucleato nella pratica commerciale (B. Inzitari, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Fallimento*, 2003, 296). In questo senso depone il lessico impiegato dal legislatore «affari attinenti ad attività»: art. 2447 bis c.c. -, che non trova riscontro nelle categorie dogmatiche del diritto privato. E quindi si è detto che "affare" sta a designare l'operazione economica concretamente programmata nella gestione di un segmento di attività imprenditoriale, per la cui realizzazione è necessaria la destinazione di una parte del patrimonio della società.

del fondo patrimoniale¹⁴, non comprende evidentemente solo un singolo contratto o rapporto giuridico ma una determinata iniziativa economica che normalmente può realizzarsi mediante una serie, anche rilevante, di rapporti giuridici, atti, contratti.

2. L'applicazione analogica delle norme dettate per i patrimoni destinati di Spa

La disciplina positiva delle destinazioni societarie produce effetti interpretativi nel sistema anche per il fondo patrimoniale al di là di quelli colti dalla Suprema Corte nel provvedimento in epigrafe.

Ci riferiamo in particolare al rapporto tra informazione e responsabilità ed alla possibilità di aggredire i beni destinati ai bisogni della famiglia da parte di creditori c.d. involontari¹⁵, ossia per responsabilità extracontrattuale o comunque per violazione di obblighi informativi.

Nei patrimoni destinati di s.p.a., infatti, accanto agli strumenti di tutela di natura contrattuale (l'opposizione innanzitutto) esperibili dai creditori volontari ci sono quelli di tipo extracontrattuale (da responsabilità da fatto

¹⁴ Quanto alla definizione dei "bisogni della famiglia", l'analisi è stata condotta tanto in riferimento al profilo dei bisogni, ovvero alla identificazione oggettiva della fattispecie, quanto all'individuazione, in termini soggettivi, dell'ambito e della composizione della famiglia. In linea di principio possono considerarsi quali bisogni familiari tutte le necessità e le esigenze che attengono al normale svolgimento ed all'armonico sviluppo della vita familiare e, più in generale, quanto favorisce il mantenimento del benessere materiale e spirituale della famiglia (vitto, vestiario, alloggio, abitazione, medicinali, istruzione ed educazione dei figli), ivi comprese le obbligazioni assunte per la cura ed il miglioramento dei beni costituiti in fondo patrimoniale, restandone escluse le esigenze di natura prettamente voluttuaria, da motivazioni prettamente speculative o collegate all'esercizio di attività imprenditoriali o professionali o che attengono alla gestione o di beni propri del singolo coniuge. Appare, anche in tal senso, evidente l'analogia con quanto previsto in tema di definizione dell'oggetto del patrimonio destinato: come detto, infatti, il raggiungimento dell'"affare" pone all'interprete la medesima difficoltà, ovvero trarre natura ed effetti giuridici da una definizione non propriamente giuridica. In entrambi i casi, infatti il ricorso a termini generici e non specificati quali "affare" e "bisogni" comporta la necessità di un'attività interpretativa supplementare che non trova riscontro nel ricorso ad una preesistente e definita qualificazione concettuale. Si è affermato che il fondo può essere costituito non solo per soddisfare le esigenze fondamentali di vita ma anche per garantire un tenore di vita più elevato ed anche lussuoso alla famiglia (in dottrina: F. Ferrara, *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941, 358; G. Cian, nota a Cass. 7 gennaio 1984, n.134, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1985, I, 22; in giurisprudenza: Cass. 7 gennaio 1984, n. 134, *ivi*, 19 e in *Dir. fam.*, 1984, 480; in materia di dote, nello stesso senso, Cass. 19 settembre 1969, n.1717, in *Foro it.*, 1970, I, 919, con nota di R. Di Napoli; Cass. 12 maggio 1941, n. 1412, *ivi*, 1942, I, 508).

¹⁵ Al riguardo mi permetto di rinviare a F. Fimmanò, *Creditori involontari e patrimoni destinati a specifici affari*, in *Nds*, 2009, 10, 6 s.

illecito e da omessa tracciabilità degli atti) esperibili dai creditori involontari che, unitamente al sistema della revocatorie, rendono inefficace il vincolo di destinazione ex post così come l'opposizione lo rende inefficace ex ante. Ciò tenendo conto che l'azione revocatoria costituisce il rimedio per la limitazione del patrimonio, mentre si rivela insufficiente come rimedio alla limitazione della responsabilità¹⁶.

D'altra parte è stato già sostenuto per il fondo patrimoniale che l'art. 170 c.c. si riferisce ai debiti contratti e quindi consentirebbe l'esecuzione sui beni segregati per obbligazioni scaturenti da rapporti extracontrattuali¹⁷.

Nella medesima prospettiva dei patrimoni destinati, l'inespropriabilità del fondo per le obbligazioni che il creditore conosceva essere estranee ai bisogni della famiglia (così come della specifica operazione economica) deve riconnettersi alla funzione dell'istituto (quale vincolo di destinazione) e non anche alla fonte dell'obbligazione; i beni funzionalizzati sono sottratti ai soli creditori i quali possano essersi posti il problema di indagare sugli scopi per i quali il debito sia stato assunto e che abbiano potuto liberamente scegliere, escludendo pertanto che la limitazione della responsabilità possa essere opposta a coloro che vantino ragioni di credito per aver subito un danno ingiusto senza alcuna contezza¹⁸.

¹⁶ Da questo angolo visuale il fenomeno della separazione va considerato non tanto quale limitazione della responsabilità patrimoniale, ma appunto quale limitazione del patrimonio. Si è rilevato al riguardo che occorre tenere distinti gli atti che incidono sulla responsabilità, causandone un ampliamento o una limitazione, dagli atti che incidono direttamente sul patrimonio e che perciò solo indirettamente incidono sulla responsabilità. Solo ai primi "si applica l'art. 2740 c.c., con la conseguenza della nullità per illiceità degli atti che comportano direttamente una limitazione della responsabilità del soggetto. Per gli atti che incidono direttamente sul patrimonio trova invece applicazione soltanto l'azione revocatoria ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni" (A. Falzea, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo, Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, 32).

¹⁷ In tema di fondo patrimoniale si sono confrontate due teorie sulla possibilità che il creditore vittima di un fatto illecito possa agire sui beni destinati ai bisogni familiari, basate sulla diversa lettura dell'art. 170 c.c., il quale sancisce appunto che l'escussione sui beni del fondo può avvenire solo per quei debiti contratti per i bisogni della famiglia. Secondo una prima impostazione, basata sul dato letterale, la legge ne ammette l'espropriazione solo nel caso di debiti contratti nell'interesse della famiglia escludendo le altre ipotesi. Un secondo orientamento ritiene, invece, che i beni del fondo sono sottratti ai soli creditori i quali possano essersi posti il problema di indagare sugli scopi per i quali il debito sia stato assunto e che abbiano potuto liberamente scegliere se fare o meno credito pur in presenza di un fondo patrimoniale, escludendo pertanto che la limitazione della responsabilità possa essere opposta a coloro che vantino ragioni di credito per aver subito un danno ingiusto (al riguardo F. Auletta, *Il fondo patrimoniale*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato Bonilini-Cattaneo, II, Torino, 1997, 343; A. Macrì, *Fondo patrimoniale*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1975, 93).

¹⁸ Sul tema cfr. Trib. Potenza 1 ottobre 1998 n. 973, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, 206 s.; con nota di A. Donato, *Opponibilità del fondo patrimoniale ai sensi dell'art. 170 c.c. anche quando siano*

Anche l'analisi del rapporto tra pubblicità e tutela dei creditori nelle destinazioni societarie¹⁹ può trovare supporto nelle analogie con il fondo patrimoniale, ove esistono due adempimenti pubblicitari, seppure di altra natura, ovvero l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, ex artt. 162, comma 4 e 163, comma 3, c.c., e la trascrizione di cui agli artt. 163, comma 4 e 2647 c.c.²⁰.

Anche in questo caso l'annotazione attribuisce al fondo efficacia costitutiva degli effetti tipici delle convenzioni patrimoniali destinate, per loro natura, ad incidere sullo status patrimoniale dei coniugi mentre la trascrizione conserva la propria funzione dichiarativa tipica di risoluzione del potenziale conflitto tra titoli incompatibili. L'annotazione a margine dell'atto di matrimonio²¹ deve essere eseguita dai coniugi non solo per l'atto costitutivo del fondo patrimoniale²² e per le sue modifiche ma anche per gli

fatte valere obbligazioni non aventi titolo negoziale; e ancora G. Oppo, Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica (Relazione al convegno del XL anno della scuola di Notariato Anselmi su Amministrazione e rappresentanza negli enti diversi dalle società, Roma 30 settembre – 1 ottobre, 1988, in Riv. dir. civ., 1989, I, 273 s.; T. Auletta, op. ult. cit., 343; E. Mendes, Il fondo patrimoniale, in Riv. not., 1990, I, 641; M.L. Cenni, Trust e fondo patrimoniale, in Trusts, 2001, 523 s.).

¹⁹ Al riguardo cfr. Fimmanò, *Patrimoni destinati* cit., 193 s.

²⁰ Riguardo alla trascrizione a seguito della costituzione del fondo patrimoniale vanno distinte diverse ipotesi. Quando il fondo patrimoniale è costituito per atto di un terzo, se questi trasferisce la nuda proprietà del bene ad un coniuge e conferisce il godimento dello stesso al fondo, occorrerà trascrivere contro il terzo ed a favore di quel coniuge il trasferimento della nuda proprietà per intero e della metà del diritto di godimento; a favore dell'altro coniuge va trascritto l'acquisto dell'altra metà del diritto di godimento. Il vincolo del fondo, limitato al diritto di godimento, risulta dalla trascrizione presa contro i due coniugi (è sufficiente che il vincolo risulti dalla trascrizione presa contro il coniuge nudo proprietario del bene trasferitogli dal terzo, perchè il diritto di godimento spettante all'altro coniuge riceve pubblicità dalla stessa trascrizione del vincolo). La trascrizione contro l'altro coniuge viene giudicata un inutile doppione e, quindi, uno spreco di attività giuridica. Quando è un coniuge (o anche i due coniugi) a destinare al fondo beni che gli appartengono in proprietà o sui quali vanta altri diritti reali, va trascritto l'acquisto della contitolarità a favore dell'altro coniuge e contro il coniuge costituente. Contro i due coniugi si trascrive il vincolo del diritto conferito (in tal senso anche G. De Rubertis, *Pubblicità immobiliare e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Vita not.*, 1984, 115). Analogamente occorre procedere se il coniuge conserva la nuda proprietà del bene, costituendo in fondo il diritto di godimento: va trascritto a favore dell'altro coniuge e contro il costituente il trasferimento. Il vincolo, riguardante il diritto di godimento, risulterà dalla trascrizione contro i due coniugi.

²¹ Si dovrà provvedere all'annotazione, pena l'inopponibilità del contenuto della convenzione ai terzi, sia quando l'atto costitutivo proviene dai soli coniugi sia quando proviene anche da altro soggetto per atto tra vivi o *mortis causa*, in conformità con la natura bilaterale dell'atto di costituzione. Anche quando essa sia effetto di un atto *mortis causa* scaturisce comunque da un accordo - tra i coniugi ed il terzo costituente - il quale rimane sottoposto alla disciplina pubblicitaria prevista dall'art. 162, comma 3 c.c.

²² La costituzione del fondo patrimoniale è disciplinata dall'art. 167 c.c.; essa può realizzarsi tanto prima che durante il matrimonio, con atto pubblico tra vivi, da parte di uno o entrambi i coniugi o da un terzo, anche per testamento. Quando è effettuata da un terzo, per atto tra vivi, la costituzione

atti diretti ad ampliare, in virtù di apporti successivi, il medesimo fondo (e ciò a tutela dei creditori dovrebbe per analogia valere anche per i patrimoni destinati) e l'annotazione andrà richiesta dal notaio rogante, ai sensi dell'art. 34 bis, disp. att., c.c.²³. L'atto costitutivo del fondo avente ad oggetto beni immobili o beni mobili registrati dovrà, oltre che assecondare l'onere di trascrizione in ipotesi di trasferimento della titolarità da uno all'altro dei coniugi, essere comunque trascritto a carico di entrambi i coniugi titolari del fondo, affinché sia possibile rendere opponibile ai terzi creditori non familiari il vincolo di inespugnabilità effetto della costituzione.

Parallelamente, anche le successive, eventuali modifiche dell'atto costitutivo dovranno essere annotate a margine della trascrizione della convenzione originaria²⁴. Il sistema pubblicitario prevede ulteriori due possibilità: nel caso in cui il fondo patrimoniale risulti costituito per testamento, la trascrizione dovrà essere effettuata d'ufficio dal conservatore contestualmente alla trascrizione dell'acquisto a causa di morte. Diversamente, quando il fondo abbia ad oggetto titoli di credito, la pubblicità del vincolo si attuerà mediante annotazione sul medesimo titolo. In ipotesi di titoli nominativi, l'annotazione sarà effettuata sul titolo e nel registro

del fondo si perfeziona con l'accettazione dei coniugi. Possono essere costituiti in fondo patrimoniale solo determinati beni: immobili o mobili iscritti in pubblici registri, titoli di credito.

²³ Le indicazioni fornite dall'annotazione, prevista nelle ipotesi menzionate, sono però estremamente generiche in quanto riguardano solamente la data in cui la convenzione è stata stipulata, il notaio rogante e la generalità dei contraenti (art. 162, comma 3, c.c.). La legge non esige, infatti, neppure l'indicazione del tipo di convenzione stipulata ed in ogni caso gli interessati devono operare controlli complessi per verificare il contenuto della convenzione, essendo a ciò necessario prendere visione dell'atto presso il notaio rogante o l'archivio notarile. Le difficoltà per i terzi sono accresciute poi dal noto divieto di consultazione dei registri dello stato civile (con conseguente possibilità di accertamento delle annotazioni tramite l'estratto per riassunto dell'atto di matrimonio). L'annotazione costituisce un obbligo del notaio rogante il quale deve provvedervi entro trenta giorni dalla data di matrimonio o, comunque, deve ritenersi dalla data di stipulazione della convenzione. Per le modifiche relative alla disciplina del fondo, il termine decorre dalla data dell'atto o dalla sentenza di omologazione nel caso previsto dall'art. 163, comma 2, c.c. Trattasi di un termine massimo il quale non esclude la responsabilità del notaio qualora il medesimo fosse a conoscenza del danno che potrebbe derivare alle parti da un'annotazione non disposta con maggiore celerità. Nel caso in cui la convenzione preceda la celebrazione del matrimonio è onere delle parti interessate informare il notaio dell'avvenuto matrimonio; egli, infatti, resta sollevato dalla predetta responsabilità se ha ignorato senza colpa la celebrazione stessa.

²⁴ E' possibile aumentare la consistenza originaria del fondo che trova, con tutte le differenze del caso, rispondenza nella possibilità prevista in tema di patrimonio destinato di ricevere ulteriori apporti di terzi; apporti che, però, avranno prevalentemente natura finanziaria e che non proverranno dall'ente societario che ha costituito il patrimonio. La differenza sostanziale, infatti, attiene al diverso grado di dinamicità delle due fattispecie: mentre il fondo patrimoniale è fenomeno essenzialmente statico, conservativo della consistenza dei beni familiari, l'apporto di terzi nel patrimonio destinato può e deve assumere carattere funzionale all'attività d'impresa, per definizione avente dinamica evolutiva.

dell'emittente; i titoli non nominativi dovranno essere convertiti in titoli nominativi, con medesima annotazione del vincolo o con altro mezzo idoneo al raggiungimento della medesima finalità²⁵.

3. Separazione e gestione delle masse

Nella sentenza in epigrafe si afferma che dalla previsione contenuta nell'art. 155 l. fall., che esclude l'acquisibilità al fallimento dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, verrebbe confermato il principio della non confondibilità di beni deputati al soddisfacimento di specifiche esigenze secondo le modalità normativamente indicate, con gli altri beni dell'imprenditore fallito.

Orbene questa lettura è corretta ma merita un chiarimento. Sicuramente il patrimonio destinato non confluisce nella massa della società istitutrice fallita, ma in questo caso non è immaginabile che resti nella disponibilità e nella gestione degli amministratori della società²⁶, a differenza di quanto accade con l'imprenditore fallito, titolare di un fondo patrimoniale.

Con l'art. 155 l. fall., cui fa riferimento la Cassazione, il legislatore ha confermato che lo spossessamento che consegue al fallimento rende difficile, se non impossibile ipotizzare, che la continuazione della gestione aziendale sia rimessa agli organi della società²⁷.

²⁵ Insomma se il titolo è nominativo e ne viene trasferita la proprietà, la pubblicità seguirà le prescrizioni previste dagli artt. 2022 e 2023, c.c.; se il trasferimento riguarda il godimento, troverà applicazione il disposto dell'art. 2025 c.c. La costituzione del vincolo va annotata sul titolo e sul registro dell'emittente. I titoli non nominativi devono essere resi nominativi (ameno che non si reputi che anche titoli diversi possano essere conferiti al fondo) con conseguente annotazione del vincolo e, ove ciò non fosse possibile, il vincolo va comunque pubblicizzato in altro modo, cioè mediante forme previste dai regolamenti bancari o dalla legge.

²⁶ Al riguardo cfr. F. Fimmanò, *Commento agli articoli 155 e 156*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di A. Jorio, II, Bologna, 2007, 2229 s.

²⁷ Secondo una certa impostazione il fallimento della società non comporta, limitatamente ai beni compresi nel patrimonio destinato, gli effetti di spossessamento previsti dall'art. 42 l. f. 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" (G. 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. Il fallimento, infatti, quale causa di scioglimento, ma non di estinzione della società, consente a quest'ultima di continuare a vivere proprio attraverso i suoi organi, sia pure in forma ridotta, essendo esclusa, ovviamente, la possibilità per l'ente societario dichiarato

L'eccezione rappresentata dall'art. 46 l.f.²⁸, trova, infatti, il proprio fondamento nella necessità di non privare il fallito dei beni strettamente necessari al mantenimento proprio e della 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)²⁹.

Lo spossessamento del debitore deve spiegarsi come un fenomeno di separazione del patrimonio: dal momento della dichiarazione di fallimento viene separato il patrimonio del fallito (che costituisce la garanzia comune dei creditori) dal suo patrimonio personale, ed il primo viene destinato al soddisfacimento dei creditori esistenti³⁰.

Non è una novità che uno stesso soggetto abbia più masse patrimoniali

fallito, di esercitare la sua normale attività commerciale, così come di contrarre nuove obbligazioni e, in definitiva, di disporre del patrimonio sociale (A. Caiafa, *Il Patrimonio destinato. Profili lavoristici e fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 724).

²⁸ Il sistema dell'art. 46, l. fall., è rimasto sostanzialmente immutato con la riforma delle procedure concorsuali. Le modifiche apportate tendono essenzialmente conto dell'evoluzione normativa intervenuta *medio tempore* in materia di diritto di famiglia (in particolare riguardante il fondo patrimoniale). Inoltre al secondo comma viene precisato che il giudice delegato nell'escludere dal fallimento la parte degli assegni di carattere alimentare degli stipendi, delle pensioni etc., necessaria per il mantenimento del fallito e della sua famiglia, determini tale ammontare tenendo conto delle condizioni personali degli stessi.

²⁹ Non sono previste esclusioni che possano indurre l'interprete ad ipotizzare una salvezza dei beni del patrimonio destinato, caratterizzati da una intrinseca rilevanza economica. Nonostante la legge fallimentare del 1942 contenga già in sé il principio che l'imprenditore fallito possa conservare l'amministrazione e la disponibilità di parte dei suoi beni e, perciò, configuri la contemporanea presenza, in capo al medesimo titolare, di più patrimoni formalmente distinti e funzionalmente destinati al soddisfacimento di diversi interessi, non pare potersi sostenere che il fallito possa continuare a mantenere la titolarità dei beni del patrimonio destinato, sottraendoli al concorso. Lo spossessamento dell'imprenditore fallito, previsto dall'art. 42, l. fall., quale effetto generale della dichiarazione di fallimento, trova puntuale applicazione anche nell'ipotesi di costituzione del patrimonio destinato; dall'architettura generale della legge fallimentare, difatti, non può evincersi alcuna norma che autorizzi l'interprete ad ipotizzare che la società conservi la disponibilità e l'amministrazione dei beni che costituiscono il patrimonio destinato.

³⁰ 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.

separate: l'erede con il beneficio d'inventario è un esempio di separazione a scopo di liquidazione³¹. Ora, qui la separazione è analoga, solo che avviene per legge, in forza della sentenza dichiarativa di fallimento³².

L'apertura della procedura concorsuale produce, dunque, il semplice spossessamento, sicché l'amministrazione del patrimonio destinato di Spa (capiente o incapiente che sia) 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 provvisorio³³ con tutti i presupposti e le cautele previste dalla legge.

4. Gli effetti del fallimento sul fondo patrimoniale

Quanto statuito dalla Suprema Corte non esclude che la costituzione di un fondo patrimoniale o la gemmazione di patrimoni destinati in funzione

³¹ Al riguardo E. Bocchini, *Beneficio d'inventario ed esercizio dell'impresa*, *Giust. civ.*, 1967, I, 812 s., il quale mette in evidenza come l'accettazione beneficiata miri alla soddisfazione dei creditori ereditari *intra vires*, non avendo "inteso il legislatore imporre all'erede l'obbligo della liquidazione, vale a dire della conversione in numerario dell'asse ereditario". In effetti, il fine della soddisfazione dei creditori *intra vires* potrebbe "essere raggiunto altrimenti che con la liquidazione dell'asse ereditario".

³² F. Ferrara jr., *Il Fallimento*, Milano, 1995, 317.

³³ In tal senso cfr. anche F. Ciampi, *Patrimoni e finanziamenti destinati in rapporto con le regole del concorso fallimentare*, in *Società*, 2004, 1215, secondo cui, ai sensi dell'art. 2447 *novies*, comma 2, prima parte, c.c., la liquidazione del patrimonio destinato sarà non obbligata, ma solo "possibile", qualora richiesta dai creditori particolari insoddisfatti; qualora ciò non avvenga (e si dovrà supporre che i creditori particolari non avranno alcun interesse ad un'affrettata liquidazione) è ben ipotizzabile, invece, che gli organi della procedura concorsuale decidano una prosecuzione dell'affare particolare nell'interesse di tutti i creditori. Se poi si considera che, anche in ipotesi di richiesta di liquidazione da parte dei creditori particolari risulteranno applicabili, in quanto compatibili, le disposizioni sulla liquidazione della società (art. 2447 *novies*, comma 2, seconda parte, c.c.) e se si considera che spetterà agli organi fallimentari, in sostituzione dell'assemblea, di fissare i criteri di svolgimento della liquidazione, appare chiaro che essi potranno, anche in tal caso, decidere un esercizio provvisorio, così come espressamente previsto". Inoltre è stato rilevato che il legislatore non chiarisce chi "sia il soggetto che, dopo la dichiarazione di fallimento, debba procedere alla gestione e liquidazione del patrimonio destinato. Il riferimento alle disposizioni sulla liquidazione della società potrebbe far pensare ad un liquidatore nominato dalla stessa, ma la soluzione è completamente contrastante con l'impianto della disciplina fallimentare che prevede che il fallito, dalla data di fallimento, sia privato dell'amministrazione e della disponibilità dei beni esistenti nel suo patrimonio (art. 42 l. fall.) e che attribuisce al curatore del fallimento la custodia (art. 88 l. fall.) e l'amministrazione (art. 31 l. fall.) degli stessi. Un'innovazione di questo tipo avrebbe bisogno di ben più chiare enunciazioni normative e non potrebbe essere affidata unicamente all'interpretazione del generico riferimento contenuto nell'ultimo comma dell'art. 2447 *novies* c.c. alle disposizioni dei commi precedenti, fra cui vi è un generico richiamo alle norme sulla liquidazione delle società" (S. Scarafoni, *I patrimoni di destinazione: profili societari e fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2004, 86). Privata di significato è anche la permanenza dell'obbligo degli amministratori e degli organismi di controllo di redigere il rendiconto finale e la relazione accompagnatoria.

protettiva possano determinare una lesione della garanzia generica e possano rappresentare (potenzialmente) strumenti per l'attuazione di disegni diretti a preferire particolari categorie di creditori³⁴.

Il fondo patrimoniale, a seguito del fallimento del coniuge imprenditore commerciale, pone con straordinaria e significativa frequenza il problema della revocabilità. Ciò in quanto questa peculiare convenzione matrimoniale è utilizzata molto spesso proprio per sottrarre beni alla massa dei creditori, in prossimità di una presumibile insolvenza ed in funzione protettiva del patrimonio³⁵.

Una parte della dottrina ha sostenuto che il fallimento costituirebbe causa di scioglimento del fondo in quanto le cause di cessazione non sarebbero limitate a quelle ex art. 171 c.c., ma estese ai casi richiamati dall'art. 191, comma 1, c.c., per la comunione legale, tra le quali è compreso il fallimento di uno dei coniugi. E ciò in virtù del richiamo di cui all'ultimo comma, dell'art. 171 c.c., alle «disposizioni sullo scioglimento della comunione legale» in ipotesi di assenza di figli³⁶.

Tale impostazione consentirebbe al fallimento di apprendere quanto conferito dal coniuge imprenditore anche prima dei termini previsti dalla legge quale limite per gli atti compiuti anteriormente alla procedura concorsuale. Il rischio dell'attività d'impresa sarebbe, in tal caso, equamente ripartito tra tutti i creditori.

Secondo un altro orientamento in caso di insolvenza del coniuge-imprenditore i beni del fondo potrebbero essere acquisiti alla procedura pro quota, costituendo una massa separata destinata all'esclusivo soddisfacimento dei creditori familiari. La destinazione dei beni del fondo ai

³⁴ Sul tema cfr. ad esempio G. C. Botti, *Il fondo patrimoniale: pubblicità, opponibilità e strumenti di reazione dei terzi creditori (a proposito di Corte Cost. 6 aprile 1995, n. 111)*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, 1, 393 s.; P. Laghezza, *Costituzione del fondo patrimoniale e azione revocatoria* (nota a Cass. 17 giugno 1999, n. 6017; Trib. Taranto 22 marzo 1999), in *Foro it.*, 2000, 4, 1, 1258, ai quali si rinvia anche per ulteriori riferimenti. La giurisprudenza ritiene che la costituzione del fondo sia assoggettabile sia a revocatoria fallimentare che ordinaria. Per quanto attiene alla revocatoria fallimentare, si veda ad esempio Cass. 20 giugno 2000, n. 8379, in *Fam. dir.*, 2000, 625 e in *Dir. fall.*, 2001, II, 913. Per quanto riguarda la revocatoria ordinaria si legga per tutte Cass. 17 giugno 1999, n. 6017, in *Mass. Giur. it.*, 1999.

³⁵ Del tutto marginale appare, dunque, il rilievo dell'istituto in funzione della regolamentazione dei fabbisogni familiari propri del coniuge che sia, al contempo, debitore civile.

³⁶ Finocchiaro, *Diritto di famiglia, Commento sistematico alla legge 19 maggio 1975, n. 151*, I, Art. 1-89, Milano, 1984, 848; A. Spolidoro - A. Ravo, *Il fondo patrimoniale cit.*, 978 s., secondo i quali, se non vi sono figli, si applicano le cause di scioglimento di cui all'art. 191 c.c. tra cui anche il fallimento di uno dei coniugi, mentre in presenza di figli opererebbe l'insensibilità del fondo al fallimento; G. Oppo, *Famiglia e impresa*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Padova, 1986, 257; Id., *In tema di autonomia del fondo patrimoniale*, in AA.VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1990, 327.

bisogni familiari rimarrebbe intatta anche in sede fallimentare, con la possibilità per i creditori familiari di insinuarsi anche nel passivo generale³⁷.

La soluzione preferibile, cui aderisce la Suprema Corte, va nel senso, anche alla luce della riforma, che il fondo sia del tutto insensibile rispetto al fallimento del coniuge imprenditore, posto che i relativi beni non sono nella titolarità esclusiva del fallito ma anche del coniuge.

Per l'effetto, la procedura non potrebbe acquisire né la quota del coniuge in bonis, né la quota propria del fallito ormai oggetto di comunione indivisibile³⁸. Inoltre l'omesso richiamo, quale causa di cessazione del fondo, del fallimento di uno dei coniugi, espressamente previsto dall'art. 191 c.c., come causa di scioglimento della comunione conferma questa impostazione³⁹.

³⁷ A. Bonsignori, *Aspetti sostanziali del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da P. Rescigno, 18, IV, Torino, 1983, 471; G. Cian - G. Casarotto, voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. dig. it., App.*, III, Torino, 1982, 825; E. Frascaroli Santi, *Fondo patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 1978, I, 475; G. Gabrielli, voce *Patrimonio familiare*, cit., 306; F. Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia* cit., 199; F. Carresi, voce *Fondo patrimoniale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 1 s.; F. Galletta, *I regolamenti patrimoniali tra i coniugi*, Napoli, 1990, 147; M. Dogliotti - A. Figone, *Il fondo patrimoniale* cit., 595; C. M. Bianca, *Diritto civile. La famiglia - Le successioni*, Milano, 2001, 138. In giurisprudenza, App. Catania 12 giugno 1991, in *Dir. fall.*, 1991, II, 819; Trib. Ragusa 8 marzo 1990, in *Giur. comm.*, 1991, II, 61, con nota di C. Costa, il quale conclude che, ove si ritenga che sui beni del fondo avocati al fallimento possano soddisfarsi solo i creditori familiari, "verrebbe probabilmente a perdere di significato l'inclusione dei suddetti beni nell'attivo fallimentare".

³⁸ G. Gabrielli, voce *Patrimonio familiare* cit., 308; R. Viale, *Fondo patrimoniale e fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 498 s.; A. Bartalena, *Il fondo patrimoniale* cit., 53 s.; L. Guglielmucci, in G. De Ferra, L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento per il fallito*, in *Comm. Scialoja - Branca alla legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano e G. Santini, *Artt. 42-50*, Bologna-Roma, 1986, 80, secondo il quale l'acquisizione pro quota dei beni del fondo potrebbe trovare giustificazione soltanto se il fallimento fosse causa di scioglimento del fondo. In giurisprudenza, Cass. 28 novembre 1990, n. 11449, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 640, con nota di A. Porrari; Cass. 20 giugno 2000, n. 8379, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2584.

³⁹ Il nuovo art. 46, comma 1, n. 3, l. fall., peraltro nel contemplare espressamente che tra i beni non compresi nel fallimento vi sono quelli costituiti in fondo patrimoniale, fa riferimento al solo art. 170 c.c. e non più all'art. 326 c.c. e ciò comporta che mentre l'acquisizione dei beni e dei frutti costituiti in fondo patrimoniale, può avvenire per il soddisfacimento dei creditori per debiti contratti nell'interesse della famiglia (mediante la formazione di una massa separata) non possono più essere acquisiti al fallimento i beni del figlio del fallito sui quali questi ha l'usufrutto legale allo scopo di impedire qualsiasi interferenza tra il fallimento del genitore e il patrimonio del figlio minore. L'art. 46 (Beni non compresi nel fallimento) sancisce che "1. Non sono compresi nel fallimento: 1) i beni ed i diritti di natura strettamente personale; 2) gli assegni aventi carattere alimentare, gli stipendi, pensioni, salari e ciò che il fallito guadagna con la sua attività entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia; 3) i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto è disposto dall'articolo 170 del codice civile".

5. La revocatoria del fondo

Anche se il fondo patrimoniale è al riparo da qualsiasi pretesa dei creditori del coniuge imprenditore⁴⁰, la relativa costituzione, essendo a titolo gratuito, può essere dichiarata inefficace, consentendo al curatore di usufruire delle agevolazioni probatorie previste dall'art. 64, l.fall.

La costituzione del fondo, non rappresenta infatti adempimento di un'obbligazione naturale, posto che non sussiste alcun obbligo normativo in tal senso, dovendo la convenzione familiare costituire effetto della manifestazione di volontà dei coniugi, ma atto a titolo gratuito mancando, nella fattispecie, una qualche controprestazione a favore dei costituenti. Tale inquadramento dell'atto costitutivo del fondo rende anche più agevole la proposizione dell'azione revocatoria ordinaria in quanto il creditore non dovrà dimostrare che l'altro coniuge fosse consapevole del pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni creditorie.

Il legislatore sancisce, infatti, che i beni conferiti nel fondo non sono aggredibili in relazione ad obbligazioni che il creditore conosceva essere state contratte per scopi estranei ai bisogni della famiglia⁴¹ e quindi la costituzione dello stesso riduce la garanzia che spetta a tutti i creditori sui beni del debitore. Ne consegue che laddove i creditori risultino pregiudicati da tale atto di disposizione e sia inibito aggredire i beni del fondo perché gli stessi erano consapevoli che l'obbligazione non era stata contratta per i bisogni della famiglia, si potrà esperire azione revocatoria, tanto in sede ordinaria⁴² che fallimentare, sussistendone i presupposti.

L'atto di costituzione del fondo patrimoniale compiuto dal fallito nel biennio anteriore al fallimento, anche se non contiene trasferimenti di beni al coniuge⁴³, rientrando nel genus degli atti a titolo gratuito, è soggetto ad

⁴⁰ Il rischio dell'attività d'impresa da quest'ultimo esercitata finirebbe con il ricadere solo sui creditori.

⁴¹ Art. 170 c.c.

⁴² In giurisprudenza cfr. tra le altre: Trib. Napoli 12 dicembre 2001, in *Fallimento*, 2002, 775; Cass. 2 agosto 2002, n. 11537, in *Riv. not.*, 2003, 444; Cass. 20 giugno 2000, n. 6017, in *Foro it.*, 2000, I, 1258.

⁴³ E' isolata l'impostazione secondo cui le azioni revocatorie non sarebbero esperibili nei confronti del fondo patrimoniale qualora il regime dei coniugi sia quello della comunione legale, posto che in tale caso il fondo sarebbe solo una ulteriore destinazione di beni già in comunione. Si è osservato l'irrelevanza della circostanza che la destinazione del fondo non comporti il contestuale trasferimento di beni, e ciò in quanto l'effetto tipico dell'azione non è quello di restituire al patrimonio del debitore il bene eventualmente trasferito ma solo quello di consentire ai creditori lesi di poter esercitare l'azione esecutiva. In secondo luogo il presupposto oggettivo della revocatoria, ovvero il danno, non deve necessariamente consistere in una diminuzione quantitativa del patrimonio del debitore, potendo emergere in virtù di una mera perdita qualitativa di

azione revocatoria da parte del curatore ex art. 64, l. fall.⁴⁴, atteso che esso, creando un patrimonio di scopo (che resta insensibile alla dichiarazione di fallimento) ed impedendo che i beni compresi in tale patrimonio siano inclusi nella massa attiva, incide sulla garanzia derivante alla generalità dei creditori dall'art. 2740 c. c. (nel senso di ridurla)⁴⁵.

Anche ai fini della revocatoria ordinaria la giurisprudenza ha ribadito la natura di atto a titolo gratuito della costituzione del fondo⁴⁶. I presupposti per l'utile esperimento dell'azione sono quelli previsti dal codice, sì che nel caso in cui il credito sia sorto successivamente alla costituzione occorrerà la prova della dolosa preordinazione dell'atto a ledere la garanzia dei creditori. A tale proposito si è affermato con riguardo alla posizione del fideiussore, i cui atti dispositivi sono senz'altro assoggettabili, al pari di quelli del debitore principale, al rimedio, che l'acquisto della qualità di debitore nei confronti del creditore risale al momento della nascita del credito, e non anche a quello della scadenza dell'obbligazione del debitore principale, sì che è a tale momento che occorre far riferimento al fine di stabilire se l'atto pregiudizievole sia anteriore o successivo al sorgere del credito, onde predicare, conseguentemente, la necessità o meno della prova della voluta preordinazione⁴⁷.

Al contrario per le destinazioni patrimoniali di s.p.a. oggetto della revocatoria non può essere l'atto istitutivo, che non produce effetti dispositivi, ma l'atto col quale i beni sono segregati per uno specifico

consistenza che renda più difficile il soddisfacimento.

⁴⁴ Cfr. Cass. 7 marzo 2005, n. 4933, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 3; Cass. 17 giugno 1999, n. 6017, cit., 1258; Cass. 22 gennaio 1999, n. 591, in *Foro it.*, 1999, I, 1469; Cass. 18 marzo 1994, n. 2604, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 264, secondo cui è assoggettabile ad azione revocatoria la costituzione del fondo patrimoniale che costituisce atto a titolo gratuito non soltanto nell'ipotesi in cui provenga da un terzo o da uno solo dei coniugi, ma anche quando provenga da entrambi i coniugi, in ogni caso non sussistendo alcuna contropartita in favore del costituente o dei costituenti. Sul punto si veda anche C. M. Bianca, *Diritto civile* cit., 134; A. Bartalena, *Il fondo* cit., 38.

⁴⁵ Cass. 28 novembre 1990, n. 11449, in *Fallimento*, 1991, 365; Cass. 25 luglio 1997, n. 6954, *ivi*, 1998, 679, con nota di Figone, che ha osservato che se l'attribuzione proviene da entrambi i coniugi, di cui uno soltanto fallito, la revoca colpisce soltanto il 50 per cento dell'attribuzione riferibile al fallito. Cass. 2 dicembre 1996, n. 10725, in *Fam. Dir.*, 1997, 169, ha qualificato la costituzione del fondo patrimoniale come atto tipico di liberalità. E' stato peraltro correttamente precisato da Cass. 18 settembre 1997, n. 9292, in *Foro it.*, 1997, I, 3148, con riferimento però alla revocatoria ordinaria esperita dal curatore ex art. 66, l. fall., che il beneficiario non può addurre come esimente l'eventuale proporzione fra l'atto compiuto in adempimento di un dovere morale e il patrimonio del disponente come invece è previsto per l'azione di inefficacia svolta ai sensi dell'art. 64, l. fall.

⁴⁶ Cass. 22 gennaio 1999, n. 591, in *Giur. it.*, 2000, 516.

⁴⁷ Cass. 22 gennaio 1999, n. 591, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3380.

affare⁴⁸.

La revocabilità delle destinazioni non discende da un principio di intangibilità generale né tanto meno dalla prospettata natura di atto a titolo gratuito⁴⁹, ma dipende invece, a nostro avviso, dalla specifica ipotesi di segregazione che accompagna l'atto di destinazione⁵⁰. Ciò in considerazione del fatto che funzionalizzazione, autonomia e separazione sono comunque tre fenomeni diversi, peraltro sovrapponibili ma non necessariamente coesistenti o coevi.

Infatti, la delibera istitutiva dei patrimoni destinati è di per sé un puro atto di pianificazione dell'attività economica, certamente non gratuito⁵¹, che può contenere o meno atti dispositivi (rectius di destinazione attributiva) di beni e/o rapporti della società⁵² e che può generare o meno pregiudizi ai creditori sociali.

L'atto di pianificazione consiste nella individuazione dell'affare e nella delimitazione del suo ambito (Zuwendung), mentre è la coeva e/o successiva

⁴⁸ F. Fimmanò, *Commento all'art. 67 bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di A. Jorio, I, Bologna, 2006, 1039 s.

⁴⁹ G. Falcone, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare ed il rapporto banca-impresa nel finanziamento delle attività poste in essere per l'esecuzione di uno specifico affare*, in AA.VV., *Il rapporto banca-impresa nel nuovo diritto societario*, a cura di Bonfatti e Falcone, Milano, 2004, 178. In senso critico A. Maffei Alberti, *Patrimoni destinati e fallimento*, Relazione al convegno *Riforma delle società e procedure concorsuali*, Catania 15 e 16 ottobre 2004, 5 s.

⁵⁰ Si è osservato che l'azione revocatoria, invece, esperibile in caso di creazione, in alternativa, di società unipersonale controllata, avrebbe un termine più lungo, pari a cinque anni; ma non sembra comunque che si possa con sicurezza ritenere che l'azione stessa sia preclusa in caso di mancata opposizione nei termini; comunque di certo l'onere probatorio appare più pesante, rispetto all'opposizione, vista anche la regolamentazione assai puntuale dei presupposti della revocatoria stessa (F. Toschi Vespasiani, *I patrimoni ed i finanziamenti destinati ad uno specifico affare nella riforma del diritto societario*, in atti del Convegno "La riforma del diritto societario: riflessioni e profili applicativi", Firenze palacongressi, 22 settembre 2003, 15).

⁵¹ Si è affermato che la costituzione di un patrimonio destinato è sottratta alle attribuzioni gratuite "per il semplicissimo motivo che l'atto di destinazione è preordinato alla gestione di un affare, dal quale la società si prefigge di trarre un utile" (G. Terranova, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova, 2006, 301).

⁵² E' stato evidenziato che oggetto della revoca sarebbe la delibera istitutiva del patrimonio destinato; essa, manifestando la volontà sociale di sottrarre beni alla garanzia generica dei creditori generali, costituirebbe lo strumento a mezzo del quale si darebbe origine al danno nei loro confronti. Nell'ipotesi di specie, sarebbe evidente il parallelismo tra negozio di sottoscrizione proprio del regime societario, oggetto di revoca nell'ipotesi di conferimento, e delibera istitutiva del patrimonio (S. Locorotolo, *Patrimoni destinati e insolvenza cit.*, 113 s.). E' stato rilevato che oggetto di revoca sarebbero le attribuzioni patrimoniali ricomprese nel negozio di sottoscrizione. E cioè, per quanto attiene le società di persone, tanto il conferimento quanto l'assunzione di responsabilità solidale ed illimitata da parte del socio. Siccome nella specie tali elementi costituiscono oggetto (conferimento) ed effetto (assunzione della responsabilità) del negozio di sottoscrizione, può dedursi che quest'ultimo sia soggetto a revocatoria (M. Sandulli, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, 1976, 40).

destinazione attributiva (*Zwecksatzung*) di beni e rapporti funzionalizzata all'esecuzione del programma (in cui rientrano tutti gli atti interpatrimoniali della società in direzione della cellula) a dover essere valutata ai fini dell'esperimento di azioni revocatorie⁵³.

Non a caso il legislatore, al secondo comma dell'art. 2447 quinquies c.c., a proposito dei beni immobili e mobili registrati, non parla di trascrizione della deliberazione ma di trascrizione della destinazione. Lungi dal rappresentare una mera imperfezione linguistica od una confusione della funzione dell'atto con i suoi effetti, costituisce la conferma evidente che una cosa è la delibera-programma ed altra cosa sono gli atti (coevi o meno) di destinazione cioè di funzionalizzazione di beni e rapporti all'affare e la conseguente opponibilità del vincolo⁵⁴.

La pianificazione organizzativa dell'operazione economica può contemplare, nell'ampio alveo dell'istituto, modalità esecutive (mediante atti dispositivi\destinativi) affatto diverse tra loro. Accanto all'autodestinazione di beni e rapporti già esistenti nel patrimonio della società è concepibile l'eterodestinazione pura da parte di terzi cui vengano attribuiti strumenti di partecipazione all'affare, sul modello dell'associazione in partecipazione o del finanziamento, senza che la società provveda a separare cespiti propri.

E ancora è ipotizzabile una segregazione reciproca tra più società per azioni in relazione ad uno specifico affare riguardante i soli utili, sul modello della cointeressenza impropria o del collegamento di trusts, e quindi senza alcuna destinazione di beni o di rapporti.

Si tenga inoltre conto che è possibile destinare anche passività oltre che attività (o persino solo passività là dove le attività non siano iscrivibili nel bilancio della gemmante), ossia debiti della società o di terzi, e che tali debiti possono essere scaduti o meno, ovvero creati contestualmente alla

⁵³ Peraltro il patrimonio destinato è sempre modificabile, poiché è possibile segregare sia danaro sia anche beni non necessariamente strumentali alla realizzazione dell'affare, ma che è possibile alienare per consentire ulteriori investimenti secondo quanto previsto dal piano economico-finanziario. *Contra* R. Arlt, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, in *Contr. impr.*, 2004, 344, secondo cui «una volta eretto il vincolo di destinazione, i beni non possono più uscire dalla cellula fino alla conclusione dell'affare».

⁵⁴ Quindi è fuorviante l'impostazione di chi ritiene che si tratti di una imperfezione linguistica in considerazione del fatto che, relativamente all'iscrizione nel registro delle imprese, l'art. 2447 *quater*, comma 1, c.c., prescrive questa pubblicità per la deliberazione e non la destinazione, a meno che il legislatore "non abbia voluto considerare la destinazione uno strumento di modifica della fisionomia giuridica di uno o più beni, per cui il destinare diventa un'attività giuridica e la destinazione un atto giuridico" (R. Guglielmo, *Società unipersonali e patrimoni destinati*, in *Riv. not.*, 2004, 622, il quale aggiunge che nel secondo caso si confonderebbe la funzione con l'atto che quell'effetto produce, per cui si dovrebbe ritenere che la pubblicità consegue il proprio fine rendendo conoscibile la rappresentazione documentale del fatto o del contenuto dell'atto).

destinazione o ancora contratti in funzione della stessa. Anche il limite complessivo all'istituzione di cellule del dieci per cento del patrimonio netto, si riferisce evidentemente alle attività e non alle passività, tant'è che queste ultime vanno sottratte al fine del calcolo del detto limite.

Chiaramente nell'ambito della medesima funzionalizzazione è possibile che convivano, nelle modalità esecutive dello specifico affare pianificato autodestinazioni ed eterodestinazioni, componenti attive e passive, debiti scaduti e non, in virtù di atti dispositivi\destinativi diversi a conferma che non bisogna guardare all'istituzione ma al contestuale (o successivo) riempimento della cellula.

L'atto di organizzazione (l'individuazione dell'operazione economica) è insomma di per sé neutro⁵⁵ al pari del trust⁵⁶, che infatti nella common law si pone ai margini dell'area del contract, collocandosi nell'ambito del law of property in quanto fonte di una trust property, visto che gli effetti traslativi non si fanno rientrare nell'ambito del contract ed il trasferimento della proprietà non costituisce di per sé conseguenza del contratto ma esige uno specifico atto tra le parti⁵⁷.

La revocabilità o meno non può certamente riguardare l'atto di organizzazione dell'attività ma deve riguardare le attribuzioni (compresi i pagamenti) a favore della cellula dei beni e dei rapporti⁵⁸, anche obbligatori, della società, alla stregua di un negozio giuridico preparatorio rispetto ad uno attuativo⁵⁹. E tutto ciò non solo ai fini dell'ammissibilità dell'azione ma

⁵⁵ M. Lamandini, *Patrimoni <<destinati>> e tutela dei creditori* cit., 2821, pare non escludere invece la natura gratuita dell'atto di devoluzione del patrimonio e l'applicabilità conseguente dell'azione ex art. 64, l. fall.

⁵⁶ Al riguardo mi permetto di rinviare a F. Fimmanò, *Il trust a garanzia del concordato preventivo*, in *Banca borsa*, 2010, II, 81 s.; Id., *Trust e procedure concorsuali*, in corso di pubblicazione in *Fallimento*, 2010, n. 5.

⁵⁷ Cfr. V. Roppo, *Il contratto*, in G. Iudica – P. Zatti, *Tratt. Dir. priv.*, Milano, 2001, 689. Sul tema cfr. anche B. Rudden, *La Teoria economica contro la <<Property law>>: il problema del <<numerus clausus>>*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 451.

⁵⁸ In modo analogo a quanto accade per il trust ma per ragioni diverse. La common law infatti non comprende nell'ambito del contract gli effetti traslativi, pertanto l'effetto traslativo non costituisce di per sé stesso conseguenza automatica del contratto in quanto tale, ma esige un apposito atto tra le parti.

⁵⁹ Il riferimento è al contratto preliminare. La Suprema Corte pronunciandosi su una fattispecie in cui c'erano un negozio giuridico preparatorio ed uno successivo attuativo, ha optato per la revocabilità del secondo affermando che "l'accertamento degli elementi e dei presupposti afferenti all'azione revocatoria fallimentare deve essere compiuto con riguardo alla vendita definitiva del bene, quale negozio in virtù del quale si verifica il trasferimento definitivo del diritto di proprietà, e non anche al contratto preliminare" (Cass. 16 gennaio 1992, n. 500). La revocatoria del preliminare, d'altra parte, viene ammessa da una parte della dottrina solo in base alla nuova disciplina sulla trascrivibilità che prevede, come effetto a latere del contratto ed in conseguenza appunto della trascrizione, il sorgere del privilegio immobiliare sul bene oggetto del contratto;

anche dell'inquadramento nelle varie ipotesi previste dall'art. 2901 c.c., e dagli artt. 64 e 67 l. fall., dei connessi limiti temporali e dei casi di esclusione introdotti dalla novella.

L'atto dispositivo è revocabile là dove gli amministratori della s.p.a. disponente sapevano di non essere in grado di adempiere alle proprie obbligazioni assunte prima della segregazione dei beni o anche a quelle assunte dopo, se l'atto dispositivo era preordinato. Da questo punto di vista assume, a nostro avviso, peculiare rilievo l'obbligo per gli amministratori, sancito dall'art. 2447 ter, comma 1, lett. c), c.c., di redigere il piano economico-finanziario da cui risulti la congruità del patrimonio rispetto alla realizzazione dell'affare. V'è quindi una cristallizzazione della prognosi che verificata ex post consentirà di valutare appieno la consapevolezza originaria del sovradimensionamento (fenomeno opposto alla sottocapitalizzazione) dell'incapienza o persino la preordinazione, specie se si è ripetuto il test di congruità beni durante lo svolgimento dell'affare.

6. La ratio e l'ambito di applicazione dell'art. 67 bis l. fall.

La circostanza che il patrimonio destinato non appartenga ad un soggetto diverso della società istitutrice, o comunque ad un autonomo centro di imputazione di rapporti, non vale certamente ad escluderne la revocabilità: come avviene nella costituzione di garanzie o di prelazioni e come succede, del resto, nel caso di costituzione di un fondo patrimoniale o di un trust autodichiarato, che non comportano il trasferimento della proprietà dei beni ma sottraggono gli stessi alla garanzia comune dei creditori⁶⁰.

L'esigenza della tutela, in relazione a quanto previsto dall'art. 2740 c.c., emerge in tutti casi in cui l'atto segregativo peggiori la situazione della generalità dei creditori sociali o violi la par condicio tra loro⁶¹, ossia in virtù di presupposti analoghi a quelli che costituiscono la ratio della revocatoria

effetto che senza dubbio scompensa la posizione dei creditori (G. Tucci, *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela del promissorio acquirente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 181).

⁶⁰ E' stato evidenziato che l'elemento soggettivo andrà ovviamente provato unicamente con riguardo alla società costituente il patrimonio destinato: ciò almeno se si voglia considerare la costituzione del patrimonio - sulla scorta di quanto accade per...il fondo patrimoniale - un atto a titolo gratuito. Sulla base di tale considerazione, è ipotizzabile la revocabilità, in sede fallimentare, della delibera di costituzione del patrimonio destinato, ai sensi dell'art. 64, l. fall., (G. Falcone, *I patrimoni destinati cit.*, 178).

⁶¹ Si è parlato di "esenzione quantitativa della responsabilità patrimoniale attuata con una sopravvenuta limitazione dei beni oggetto dell'originaria garanzia patrimoniale" (B. Inzitari, *op.cit.*, 298).

delle garanzie siano esse tipiche od atipiche, flottanti o meno⁶². Senza che tutto ciò comporti una pedissequa trasposizione della relativa disciplina⁶³.

Nel caso in cui la separazione riguarda beni o rapporti della società gemmante, l'ipotesi (tenuto conto che sono destinabili anche passività oltre che attività patrimoniali) è inquadrabile nell'alveo delle garanzie per debiti preesistenti non scaduti (art. 67, comma 1, n. 3, l. fall.) ovvero per debiti scaduti (art. 67, comma 1, n. 4, l. fall.) o ancora degli «atti costitutivi di un diritto di prelazione per debiti contestualmente creati» di cui all'art. 67, comma 2, l. fall.⁶⁴.

Con riferimento a questa ultima ipotesi va ricordato che la contestualità non è intesa in senso meramente cronologico formale, ma in senso logico e pertanto sussiste quando la costituzione del privilegio, pur se successiva al momento in cui è sorto il credito, sia stata prevista e voluta ab origine insieme con la creazione del debito, onde tra la prima e la seconda venga a realizzarsi uno specifico vincolo di interdipendenza e di correlazione⁶⁵.

E' opportuno evidenziare che la Suprema Corte ha avuto modo di affermare che la presunzione assoluta di onerosità della prestazione della garanzia, prevista in sede di revocatoria ordinaria⁶⁶, non opera in sede di

⁶² Sulla *ratio* della revocatoria delle garanzie cfr. in particolare S. Ambrosini, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, Milano, 2000, 4 s.; e B. Inzitari, *Forme di garanzia atipiche e indirette nel fallimento: la cessione del credito a scopo di garanzia*, in *Fallimento*, 2002, 963.

⁶³ Si è osservato che nel caso di garanzia non contestuale (ipotesi che può verificarsi nel nostro caso quando il debito viene segregato con elementi dell'attivo) la presunzione di mala fede in capo al creditore, che la legge fa discendere dalla non contestualità, non solleva, sul piano della *ratio*, questioni particolari, data l'evidente sintomaticità, dal punto di vista della *scientia decoctionis*, di una garanzia ottenuta dal creditore in epoca successiva alla concessione del credito. Più controversa la ragione per la quale la legge assoggetta a revoca anche le garanzie contestuali, giacché appartiene alla fisiologia dei rapporti d'impresa il fatto che il finanziatore subordini l'erogazione del credito al rilascio di una garanzia. In dottrina v'è chi giustifica il fatto con la necessità di impedire che vengano sottratti cespiti alla garanzia comune dei creditori o che si producano anticipatamente gli effetti della liquidazione del patrimonio del debitore (cfr. sul tema G. Rossi, *La revocatoria fallimentare delle ipoteche*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 523 s.; P. G. Jaeger, *Par condicio creditorum*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 104 s.) e chi lo giustifica in chiave di rimedio all'intervenuta violazione della *par condicio*, ovvero come strumento per ripartire la perdita derivata dal fallimento tra una collettività di soggetti che include gli aventi causa del fallito prima dell'inizio della procedura (cf. A. Maffei Alberti, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970, 151 s.; F. d'Alessandro, *La revoca dei pagamenti nel fallimento*, Milano, 1972, 47).

⁶⁴ I numeri 3 e 4 dell'art. 67, l. fall., non conterrebbero un elenco tassativo di garanzie, potendo ricadere nell'alveo della norma anche la cessione *pro solvendo* a scopo di garanzia.

⁶⁵ Al riguardo cfr. App. Catania 10 settembre 1990, in *Giur. comm.* 1991, II, 612; App. Roma 7 dicembre 1982, in *Temì romana*, 1983, 342.

⁶⁶ Le garanzie, o meglio le cause di prelazione, sono richiamate, come noto, anche in sede di revocatoria ordinaria all'art. 2901, comma 2, c.c., ove viene sancito che agli effetti della disciplina

revocatoria fallimentare, ove anche in caso di garanzia per credito altrui, contestuale al sorgere del credito garantito, il giudice dovrà valutare in concreto se la garanzia sia stata prestata a titolo oneroso ovvero a titolo gratuito con conseguente applicazione dell'art. 64, l. fall.⁶⁷.

Peraltro va ricordato che talora, con riferimento alla revocabilità delle garanzie atipiche (quali il mandato irrevocabile all'incasso e la cessione di credito a scopo di garanzia) l'atto di concessione è stato configurato come estintivo di debito pecuniario scaduto ed esigibile non effettuato con danaro o altri mezzi normali di pagamento (art. 67, comma 1, n. 2) ed assoggettato ad una disciplina più rigorosa (rispetto al comma 1, n. 4) anche riguardo alla prova della conoscenza dello stato di insolvenza (rispetto al comma 2 dell'art. 67, l. fall.).

In ogni caso, la ricostruzione complessiva da noi proposta deriva dalla considerazione che il fallimento della società, come visto, comporta, salvo prosecuzione dell'affare, la liquidazione del patrimonio destinato ad opera del curatore che, soddisfatti i creditori dell'affare, acquisirà l'eventuale residuo alla massa fallimentare per poi ripartirlo, unitamente al resto, secondo le normali regole del concorso. Insomma, da un punto di vista delle regole del riparto fallimentare, la fattispecie funziona in modo analogo alle forme tradizionali tipiche di garanzia rappresentate da pegno ed ipoteca, producendo effetti del tutto assimilabili; lo stesso discorso vale ad esempio, nei limiti di ammissibilità, per il cosiddetto trust di garanzia⁶⁸ con le

ivi prevista, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerati atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito.

⁶⁷ Cass. 28 maggio 1998 n. 1320, in *Foro it.*, 1998, I, 2045.

⁶⁸ Tuttavia in tal caso c'è alterità e per la Suprema Corte "la presunzione di onerosità della garanzia per debito altrui, se contestuale al credito garantito, prevista per la revocatoria ordinaria non è applicabile alla revocatoria fallimentare, dovendo in tal caso il giudice valutare in concreto se la garanzia sia prestata a titolo gratuito o a titolo oneroso". Diverse evidentemente sono le conseguenze di tale valutazione per quanto riguarda la individuazione della norma fallimentare applicabile. Riguardo al *trust* a titolo oneroso è necessario considerare, ai fini della revocabilità o meno degli atti dispositivi, l'intero assetto di interessi, quale risultante dal collegamento tra i vari momenti e dal coinvolgimento sia del disponente, sia del fiduciario, sia del beneficiario. Dal punto di vista dei limiti probatori posti dalla legge fallimentare per gli atti a titolo oneroso, la presenza nel *trust* di più soggetti solleva un dubbio preliminare: i primi due commi dell'art. 67, l. fall., sono formulati con riferimento alla gravità degli atti compiuti dal debitore ed al pregiudizio che da ciò consegue, collegandosi a tale gravità la facilitazione della prova a carico del curatore. Infatti, nel primo comma si presume che il terzo conosca lo stato di insolvenza, mentre nel secondo comma sono considerati atti di minore gravità, che si ritengono conciliabili con il normale regime dell'onere della prova. Per l'effetto si rende necessario verificare a quale soggetto (*trustee* o beneficiario) debba farsi riferimento per valutarne la conoscenza o meno dello stato di insolvenza del disponente (*settlor*). Si propende per l'ipotesi del beneficiario, essendo colui che riceve i benefici del *trust* attraverso il veicolo del patrimonio segregato e che subisce nel suo patrimonio gli effetti negativi del vittorioso esito del giudizio revocatorio. Legittimato passivamente nel

specifiche delineate riguardo alla necessità di verificare l'assetto complessivo degli interessi sottesi⁶⁹.

In buona sostanza là dove la destinazione comporta la creazione di una situazione analoga alla concessione di una garanzia reale collettiva o di un diritto di prelazione che produca pregiudizio alla massa, a vantaggio di taluni creditori, è concepibile una revocatoria dei singoli atti dispositivi diretta a eliminare il pregiudizio derivante dalla conseguente separazione delle masse, purchè ne sussistano i presupposti anche di natura temporale.

Quello delineato è, a nostro avviso, il senso complessivo e compiuto che va dato anche⁷⁰ alla norma di cui al nuovo art. 67 bis l. fall., secondo cui il presupposto soggettivo dell'azione è costituito dalla conoscenza dello stato d'insolvenza della società⁷¹ e gli atti che incidono su un patrimonio destinato ad uno specifico affare «sono revocabili quando pregiudicano il patrimonio della società». Quest'ultima disposizione non va letta nel senso della necessità del pregiudizio patrimoniale della società gemmante, ma dell'esclusione dall'alveo della revocatoria degli atti che incidono unicamente sulla cellula e che non possono in alcun modo avere ripercussioni sul patrimonio generale della società⁷² e pregiudicare i creditori concorsuali.

Per gli atti iniqui intercorsi tra cellula e società gemmante (a beneficio di quest'ultima) va esclusa la esperibilità di azioni revocatorie non tanto per la mancanza di alterità soggettiva delle cellule, ma alla luce dell'essenzione

giudizio sarebbe anche il *trustee* che ha la legale rappresentanza del *trust*, ove si intenda rendere inefficace, oltre all'atto intercorso tra il *settlor* ed il *trustee*, anche quello successivo tra quest'ultimo ed il beneficiario.

⁶⁹ Come visto al fondo patrimoniale regolato dall'art. 167, c.c., è per alcuni versi assimilabile l'ipotesi di *trust* costituito in adempimento di un dovere morale per far fronte alle necessità della propria famiglia, con la differenza che in quest'ultimo i beneficiari godono nei confronti del *trustee* di diritti che non hanno invece in presenza di un fondo patrimoniale. Per l'effetto là dove l'atto di disposizione dei beni in capo al *trustee* sia avvenuto nel periodo sospetto, dobbiamo ritenere che esso sia soggetto a revocatoria fallimentare a norma dell'art.64, l. fall., con conseguente declaratoria di inefficacia (Cass. 2 dicembre 1996, n. 10725).

⁷⁰ In verità questa era la nostra impostazione anche prima della riforma della legge fallimentare che ha introdotto l'art. 67 bis, l. fall., (cfr. al riguardo F. Fimmanò, *La revocatoria dei patrimoni destinati*, in *Fallimento*, 2005, 1105 s.).

⁷¹ Nel senso che invece la conoscenza dello stato di insolvenza non si riferisca alla situazione patrimoniale della società in generale, ossia alle condizioni dell'attività principale, ma all'attività oggetto del patrimonio separato: A. Pavone La Rosa, *L'insolvenza della società per azioni con patrimoni «separati»*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G. F. Campobasso*, I, 2007, 930. L'impostazione non può essere condivisa in quanto in primo luogo il legislatore avrebbe parlato di conoscenza dell'incapienza vista la qualificazione diversa di cui all'art. 156, l. fall., ed in secondo luogo oggetto di revocatoria sono le attribuzioni ed i pagamenti della società al patrimonio e non viceversa.

⁷² Anche se il legislatore avrebbe potuto più correttamente fare riferimento agli atti pregiudizievoli per i creditori sociali.

delle stesse dalle procedure concorsuali. Infatti anche la proposta applicazione della revocatoria concorsuale aggravata⁷³ presupporrebbe l'autonoma declaratoria di insolvenza dei patrimoni destinati visto quanto meno per gli atti pregiudizievoli posti in essere a favore del patrimonio generale o di cellule diverse da quella incapiente⁷⁴.

Anche perché nel caso di procedura concorsuale aperta a carico della società gemmante, gli strumenti per sanzionare gli atti pregiudizievoli da comparto a comparto del patrimonio sociale vanno individuati nei tipici poteri del curatore nell'amministrazione delle attività fallimentari⁷⁵ nell'ambito del principio della gestione separata delle masse⁷⁶.

Si è osservato che se si considerano tutte le particolari implicazioni “del carattere officioso della procedura, si può immaginare che – nel caso di fallimenti in cui convergano più masse patrimoniali e più classi di creditori – gli organi della procedura abbiano senz'altro i poteri di ridistribuire fra le

⁷³ Sul tema cfr. R. Santagata, *Patrimoni destinati ed azioni revocatorie (tra diritto attuale e prospettive di riforma)*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 305 s. (per il quale in teoria la revocatoria aggravata potrebbe prestarsi a ripristinare l'equilibrio economico tra i diversi compendi autonomi di una società multidivisionale turbato da iniqui atti o *rapporti intergestori* simmetrici a quelli tipici dei gruppi di impresa a struttura gerarchica. Con l'ulteriore “corollario che la natura gratuita od onerosa dell'atto di disposizione andrebbe stabilita collocandolo nel contesto di una attività” e verificando se una data transazione intergestoria sia compensata da vantaggi mediati e indiretti insiti in operazioni di segno opposto).

⁷⁴ Un sistema di criteri di *ricomposizione* del valore dei patrimoni *alterato da atti intergestori* è contenuto nella disciplina della comunione legale che per alcuni versi può essere considerata un patrimonio separato, ossia diverso dai cespiti personali dei coniugi e dai cespiti oggetto di una normale con titolarità. L'art. 192 c.c. prevede infatti che “Ciascuno dei coniugi è tenuto a rimborsare alla comunione le somme prelevate dal patrimonio comune per fini diversi dall'adempimento delle obbligazioni previste dall'art. 186. E' tenuto altresì a rimborsare il valore dei beni di cui all'art. 189, a meno che, trattandosi di atto di straordinaria amministrazione da lui compiuto, dimostri che l'atto stesso sia stato vantaggioso per la comunione o abbia soddisfatto una necessità della famiglia. Ciascuno dei coniugi può richiedere la restituzione delle somme prelevate dal patrimonio personale ed impiegate in spese ed investimenti del patrimonio comune. I rimborsi e le restituzioni si effettuano al momento dello scioglimento della comunione; tuttavia il giudice può autorizzarli in un momento anteriore se l'interesse della famiglia lo esige o lo consente. Il coniuge che risulta creditore può chiedere di prelevare beni comuni sino a concorrenza del proprio credito. In caso di dissenso si applica il quarto comma. I prelievi si effettuano sul denaro, quindi sui mobili e infine sugli immobili”.

⁷⁵ Come correttamente rileva L. Salamone, *I patrimoni destinati a specifici affari nella s.p.a riformata: insolvenza, esecuzione individuale e concorsuale*, in www.iudicium.it, 12 (che si riferisce segnatamente ai poteri sulla redazione dell'inventario e sulla presa in consegna dei beni: artt. 87-88, l.fall. ed al principio di distinzione fra patrimonio della società fallita e dei soci illimitatamente responsabili falliti in estensione ex art. 148.2 l.fall., ora introdotto espressamente per i patrimoni dalla riforma).

⁷⁶ Sulla separazione delle masse con riferimento all'art. 148, l. fall., cfr. A. Patti, *La gestione del fallimento sociale e dei soci tra comunanza e separazione patrimoniale*, in *Fallimento*, 2007, 357 s.

masse attive le risorse che siano state illegittimamente spostate fra l'una e l'altra dalla società debitrice (e, per questa, dai suoi amministratori)⁷⁷. Quanto in particolare agli atti dispositivi (di destinazione) dal patrimonio generale a favore della cellula, questi devono seguire i criteri e le modalità previste dalla disciplina civilistica essendo altrimenti assoggettati a revocatoria.

⁷⁷ L. Salamone, *op. loc. ult. cit.*