

Trust ed art. 2645ter c.c.

Trust e procedure concorsuali (*)

di **Francesco Fimmanò** - Associato di diritto commerciale presso l'Università del Molise

Il saggio affronta il tema dell'utilizzo del *trust* e degli altri strumenti di segregazione patrimoniale nelle varie procedure concorsuali. Dopo aver illustrato i rimedi a tutela dei creditori, l'Autore approfondisce i diversi profili di irriproducibilità nell'ordinamento italiano del c.d. *trust* interno, proponendo le soluzioni «domestiche» alternative, quali la destinazione *omnibus ex art. 2645ter c.c.* e la entificazione del patrimonio separato.

1. L'uso del *trust* come strumento acceleratorio della procedura fallimentare

Negli ultimi anni si è registrato un crescente utilizzo del *trust* nell'ambito delle procedure concorsuali, come strumento di accelerazione delle operazioni di chiusura del fallimento o di liquidazione dell'attivo o, ancora, come forma di garanzia della massa dei creditori nei concordati e negli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Le più risalenti applicazioni riguardano il conferimento in *trust* di crediti di natura fiscale (1) maturati nel corso della procedura (2), od anche i crediti commerciali di difficile realizzo, ed esigibili *solo dopo la chiusura* della stessa.

Secondo una certa giurisprudenza di merito il conferimento delle attività fallimentari nel *trust* sarebbe più vantaggioso rispetto ad una cessione, posto che nessuna garanzia dell'esistenza dei crediti conferiti risulterebbe dovuta dal fallimento cedente e considerato che la cessione comporterebbe sempre una decurtazione del credito, per via dell'attesa e del rischio che si assume il cessionario. Inoltre i creditori insinuati non risentirebbero di alcun danno, atteso che gli stessi, essendo designati nell'atto costitutivo del *trust* come «beneficiari», acquisterebbero il diritto, azionabile in giudizio, di essere pagati con i beni segregati, secondo l'ordine già stabilito nello stato passivo della procedura. Il regime di segregazione eliminerebbe poi qualsiasi rischio di *distrazione* per il soddisfacimento delle ragioni di eventuali creditori del *trustee* (3).

Si tratta di un utilizzo in verità opinabile, che, pur ammissibile in astratto, finisce con il vanificare le funzioni della procedura in assenza di previsioni normative, in quanto le attività di liquidazione e distribuzione non sarebbero più disciplinate dalla legge ma dal regolamento del *trust* (4). La tecnica lascia peraltro irrisolte le controversie eventual-

mente sorte nel corso della liquidazione e del riparto, considerato che la chiusura del fallimento fa decadere tutti gli organi della procedura e che non può certo competere al *trustee* definire il contenzioso oppure autorizzare azioni e transazioni.

La previsione di specifici casi di ultrattività degli organi non costituisce un principio generale ed anzi esclude la sopravvivenza degli stessi dopo la formale chiusura del fallimento. Anche la possibilità di delega di singole operazioni a terzi (art. 104ter, terzo comma, e art. 106, ult. comma l.fall.) è limitata a casi specifici e comunque *endoprocedimentali*. Peraltro con la cessazione di tutti gli effetti del fallimen-

Note:

(*) Questo scritto è destinato agli studi in onore del Prof. Umberto Belviso.

(1) Si tratta in particolare di crediti per ritenute sugli interessi e IVA maturati nel corso della procedura, ma esigibili di fatto e di diritto soltanto dopo la chiusura del fallimento. Il conferimento in *trust* dovrebbe consentire di evitare che l'amministrazione finanziaria possa eccepire la compensazione per i propri crediti rimasti insoddisfatti in sede di riparto, visto l'orientamento della Cassazione che non guarda al momento in cui il credito diventa liquido ed esigibile, ma alla data in cui è insorto il fatto genetico dell'obbligazione, anteriormente alla dichiarazione di fallimento (Cass. 16 novembre 1999, n. 775, in *Foro It.*, 2000, I, 2892).

(2) Trib. Roma 4 aprile 2003, in *Trusts*, 2004, 406; Trib. Roma 3 aprile 2003, *ivi*, 2003, 411, e in *questa Rivista*, 2004, 101 con nota di G. Fauceglia, *La funzione del trust nelle procedure concorsuali* (per il quale il *trust* assicura la concreta finalizzazione, consentendo di superare le perplessità circa l'ultrattività degli organi fallimentari, in ordine all'esigenza di conservare la segregazione dei beni, evitando che i creditori sociali possano agire sugli stessi al momento della chiusura della procedura). Al riguardo cfr. pure V. Greco, *La funzione del trust nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2005, 708.

(3) Trib. Saluzzo 9 novembre 2006, in *Giur. merito*, 2008, 3, 739, con nota di P.G. Demarchi, *Il Trust postfallimentare e l'apparente chiusura del fallimento*, 741; in *Giur. comm.*, 2008, II, 207, con nota di F. Iozzo, *Note in tema di trust e fallimento*.

(4) Contrario tra gli altri P.F. Censoni, *Chiusura del fallimento e attività residue degli organi fallimentari; la sorte postfallimentare dei crediti d'imposta*, in *questa Rivista*, 2004, 1301.

to sul patrimonio del fallito i creditori insoddisfatti possono riprendere le eventuali azioni individuali e va escluso che le somme in questo modo incassate possano essere legittimamente sottratte alla garanzia dei creditori che non abbiano partecipato alla procedura concorsuale.

Il fallimento, a norma dell'art. 118, primo comma, n. 3 l.fall., si può chiudere «quando è compiuta la ripartizione finale dell'attivo» e quindi l'esistenza di crediti o di altre attività fallimentari, non ancora liquidate, da conferire nel *trust*, è di per sé ostativa alla chiusura. Si è osservato che la ripartizione finale non è la mera redazione del progetto, ma l'effettivo pagamento dei creditori, eventualmente anche mediante assegnazione dei crediti o di altri beni, come risulta confermato sia dall'art. 115 l.fall., ove si parla di *pagamento* delle somme assegnate ai creditori, sia dall'art. 116 l.fall., ove è previsto che il curatore presenti il proprio rendiconto dopo aver compiuto la liquidazione dell'attivo (5). Inoltre spetta al curatore, a norma dell'art. 115 l.fall., dover provvedere al pagamento delle somme assegnate nel piano di ripartizione, nei modi stabiliti dal giudice delegato e tale funzione non è certo delegabile. Nello stesso senso va la disposizione secondo cui «... il giudice delegato, nel rispetto delle cause di prelazione, può disporre che a singoli creditori che vi consentono siano assegnati, in luogo delle somme agli stessi spettanti, crediti di imposta del fallito non ancora rimborsati» (art. 117, terzo comma l.fall.).

D'altra parte *ubi lex voluit dixit* e se il legislatore della riforma fallimentare avesse effettivamente voluto prevedere soluzioni quali il *trust* o la *cartolarizzazione* (6), per la chiusura anticipata o la liquidazione *alternativa*, l'avrebbe fatto e non avrebbe viceversa contemplato altri istituti quali: la cessione dei crediti futuri anche di natura fiscale (art. 106, primo comma l.fall.), la stipulazione di contratti di mandato per la relativa riscossione (art. 106, terzo comma l.fall.) (7), la *cessione aggregata* di attività e passività aziendali (art. 105, quinto comma l.fall.) (8) e soprattutto la possibilità di liquidazione *mediante conferimento in società* (art. 105, ottavo comma l.fall.) (9).

Il curatore infatti può costituire una *newco* in cui conferire l'azienda, rami della stessa o beni e rapporti aggregati, che può rimanere statica in prospettiva della vendita o, laddove appaia opportuno, divenire almeno fino alla cessione un *veicolo dinamico* anche per l'esercizio concreto dell'attività economica, con la nomina di amministratori che rappresentino una diretta promanazione della procedura (10). D'altra parte ciò accade normalmente quando nel patrimonio fallimentare siano comprese

partecipazioni di società *in bonis*, rispetto alle quali la procedura esercita i diritti di socio, a cominciare dalla nomina in assemblea degli organi, fino al momento della vendita a terzi. Esattamente come in quel caso il titolare delle partecipazioni della società rimane il debitore fallito, che tuttavia ne viene spossessato e sostituito nell'esercizio dei diritti dal curatore che le vende oppure se il fallimento viene chiuso (o revocato prima della liquidazione), le restituisce.

Peraltro in alternativa alla vendita, il curatore potrebbe soddisfare i creditori concorsuali mediante l'assegnazione delle partecipazioni della società veicolo, in questo caso saremmo di fronte ad una liquidazione mediante conferimento *in senso stretto*, irrealizzabile con lo strumento del *trust* (11). Nello

Note:

(5) E. Stasi, *Sui crediti tributari formati nella procedura fallimentare*, in questa *Rivista*, 2005, 473.

(6) In mancanza di una norma espressa è da escludere una forma atipica di cartolarizzazione che permetta la chiusura della procedura concorsuale attraverso la distribuzione di titoli, rappresentativi del diritto al riparto, ai creditori (e non collocati sul mercato), a tutela dei quali agirebbe lo stesso cedente (in tema cfr. F. Terrusi, *Il recupero dei crediti concorsuali: cartolarizzazione e proroga funzioni del curatore fallimentare*, in *Dir. fall.*, I, 414).

(7) Anche la possibilità prevista dall'ultimo comma dell'art. 117 l.fall. deve ritenersi limitata ad attività da compiersi da parte di terzi nel corso della procedura. In tema cfr. pure la circolare del Trib. Sulmona 21 aprile 2004 (in questa *Rivista*, 2004, 1054) in cui si prospetta (tra le varie ipotesi di gestione dei crediti) quella del conferimento in *trust*, oltre alla cessione del credito a società finanziaria, delle somme non ancora riscosse, conferendo l'incarico ad un istituto di credito che ne curi l'incasso e la ripartizione in favore dei creditori, secondo le modalità previste per la ripartizione dell'attivo.

(8) La cessione aggregata è una modalità di liquidazione importata dalla liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito (cfr. art. 90, secondo comma D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385).

(9) Mi permetto al riguardo di rinviare a F. Fimmanò, *La vendita fallimentare dell'azienda*, in *Contr. Impr.*, 2007, 537. In tema cfr. pure C. Maggi, *La liquidazione mediante conferimento: commento all'art. 105, ottavo comma l.fall.*, in questa *Rivista*, 2008, 1371; L. Guglielmucci, *Liquidazione dell'attivo fallimentare che preveda il conferimento dell'azienda in una newco e la successiva vendita dell'intero pacchetto azionario*, in *Contr. Impr.*, 2008, 551 ss.; C. Ferri, *Liquidazione mediante conferimento in società dell'azienda, di rami di essa ovvero di beni o crediti*, in questa *Rivista*, 2009, all. n. 1, 59.

(10) D'altra parte la fase di liquidazione comprende anche la fase di gestione conservativa propedeutica alla stessa e perciò non vi sono controindicazioni ad utilizzare un modello funzionale alla successiva vendita per finalità preparatorie alla più proficua realizzazione, come dimostra la scelta del legislatore di contemplare nell'ambito del programma di liquidazione l'affitto e l'esercizio provvisorio e di collocare questi istituti nel Capo VI della legge.

(11) Sul tema F. Fimmanò, *L'allocatione efficiente dell'impresa in crisi mediante la conversione dei crediti in azioni*, in *Riv. soc.*, 2010, 150 s.

stesso senso va, infine, la disposizione secondo cui «... il giudice delegato, nel rispetto delle cause di prelazione, può disporre che a singoli creditori che vi consentono siano assegnati, in luogo delle somme agli stessi spettanti, crediti di imposta del fallito non ancora rimborsati» (art. 117, terzo comma l.fall.).

2. La segregazione dei beni nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti

Le questioni tratteggiate non si pongono per l'utilizzo del *trust* con funzioni di garanzia di un concordato preventivo.

In questo caso il problema fondamentale è rappresentato dalla difficoltà di costituire un vincolo sui beni personali dei terzi che si rendano garanti dell'adempimento della proposta mettendo a disposizione il proprio patrimonio. Si tratta infatti di soggetti diversi dal debitore assoggettato alla procedura, sì che i vincoli previsti dall'art. 168 l.fall. non possono trovare applicazione. È stato escluso, in passato, in relazione alla possibilità per il creditore di realizzare una garanzia pignorizia, che nel concordato preventivo ci si potesse avvalere delle norme generali dettate in materia, in quanto la cessione era vincolata alla procedura ex art. 168 l.fall. Con riferimento alla disciplina di cui all'art. 53 l.fall., era stato negato dalla giurisprudenza che il creditore pignorizio potesse soddisfarsi del proprio credito nel procedimento di concordato preventivo mediante il ricorso alla vendita del bene (12).

Nello stesso tempo il patrimonio non viene normalmente messo a disposizione attraverso la costituzione di una garanzia reale a favore della massa dei creditori, sì che è ben possibile che in pendenza del concordato e prima della sua omologazione, i creditori personali del terzo possano agire a tutela dei loro crediti, vanificando di fatto la messa a disposizione dei beni a favore dei creditori concordatari (13). La costituzione del *trust* viene perciò concepita come uno strumento più efficiente della concessione di una *garanzia reale sui beni* ad assicurare l'effettiva destinazione degli stessi, nei limiti della percentuale concordataria offerta, al pagamento dei creditori, tramite la costituzione di un vincolo, in forza del quale il *trust* è finalizzato alla liquidazione del patrimonio ed alla distribuzione del ricavato ai creditori concordatari. E si è evidenziato che la giurisprudenza esclude il diritto dei creditori del disponente di assoggettare ad esecuzione forzata i beni immobili costituiti in *trust* «con atto avente data certa anteriore al pignoramento» (14), considerato che dal riconoscimento del *trust*, istituito in conformità alla

legge regolatrice, deriva (automaticamente) «l'effetto segregativo del patrimonio del *trustee*» (15) e che inoltre «... la nomina del commissario giudiziale o di soggetto indicato dagli organi della procedura come *trustee* (16), assicura l'effettivo adempimento delle finalità per le quali il *trust* è stato costituito».

Esistono precedenti giurisprudenziali specifici, anche *ante riforma*, secondo cui l'istituto consentirebbe di superare le incertezze interpretative registrate sul concordato misto e sulle modalità di attuazione, assicurando la meritevole composizione degli interessi coinvolti nella procedura, non unilateralmente definibili e valutabili con riferimento al solo debitore concordatario in quanto parallelamente assistiti dall'adempimento del terzo (17).

Si può immaginare, infine, l'uso del *trust* anche negli *accordi di ristrutturazione dei debiti* di cui all'art. 182bis l.fall., come strumento funzionale al control-

Note:

(12) Trib. Udine 15 febbraio 1995, in questa *Rivista*, 1995, 668 con nota di G. Rago, *Inapplicabilità dell'art. 53 L.F. al concordato preventivo*. Non si era tuttavia ritenuto possibile estendere questa impostazione all'esercizio del pegno, allorché il bene vincolato fosse di proprietà del terzo perché il divieto delle azioni esecutive di cui all'art. 168 l.fall. non è applicabile ai beni ceduti dal terzo medesimo (cfr. G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo ed il trust*, in questa *Rivista*, 2007, 249).

(13) È stata anche ipotizzata accanto a forme di garanzia reale, tra i possibili strumenti di tutela dei beni offerti da terzi per l'esecuzione del concordato, la trascrizione della cessione dei beni ai creditori, prevista e disciplinata dall'art. 2649 c.c.

(14) Trib. Brescia 12 ottobre 2004, in *Trusts*, 2005, 83 (secondo cui il creditore del disponente non può aggredire, con azione esecutiva di espropriazione, i beni che il debitore ha trasferito al *trustee*); nello stesso senso Trib. Siena 16 gennaio 2007, *ivi*, 2007, 266 (per il quale i creditori personali del *trustee* non possono aggredire i beni del *trust* e questi beni non sono neppure sequestrabili o pignorabili alla stessa stregua dei beni costituiti in fondo patrimoniale, fino a che sia vigente ed operativo il vincolo del *trust* o fino a che il vincolo non venga caducato per effetto di annullamento o revocazione del negozio costitutivo).

(15) Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2007, in *Giur. merito*, 2008, 707.

(16) Si è rilevato che è preferibile la nomina di un soggetto terzo, in quanto l'organo di vigilanza deve adempiere ad un diverso mandato nell'interesse della procedura, evitando così situazioni conflittuali determinate dalla duplice veste che andrebbe ad assumere (G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 251).

(17) Trib. Parma 3 marzo 2005, in questa *Rivista*, 2005, 553, con nota di L. Panzani, *Trust e concordato preventivo* (la decisione muove dalla premessa che si tratta di un concordato misto, costituito da una cessione di beni e dall'impegno di pagamento di una porzione aggiuntiva rispetto al risultato della liquidazione, rinveniente dalla cessione di beni di un terzo necessari per realizzare la percentuale concordataria; concordato misto ritenuto perfettamente ammissibile dalla giurisprudenza di merito); Trib. Mondovì 16 settembre 2005, inedito (secondo cui in caso di concordato preventivo per *cessio bonorum*, il piano di concordato, qualora vi siano i presupposti, può essere attuato anche tramite il conferimento dei beni immobili in un *trust* liquidatorio).

lo dei modi e dei tempi di esecuzione degli stessi e per aumentarne il livello di trasparenza, così da ridurre il rischio che i creditori meglio organizzati entrino in conflitto con il debitore al fine di indirizzare la ristrutturazione verso un risultato espropriativo delle ragioni di quelli estranei alla «direzione» dell'operazione (18).

Si è evidenziato in particolare che il *trust* potrebbe divenire uno strumento efficiente al fine di favorire il coordinamento dell'agire dei creditori, consentendo «a coloro che pianificano il superamento dell'insolvenza, anche tramite una liquidazione «controllata» degli *assets* del debitore, di perseguire quell'obiettivo con utilità, vanificando le iniziative esecutive e disgregative dei singoli, non impegnati nello stesso tentativo e nello stesso modo» (19). D'altra parte le procedure concorsuali sono dirette, sul piano economico, a risolvere i problemi connessi all'azione collettiva (20), in quanto impediscono le azioni espropriative e cautelari dei singoli creditori che produrrebbero altrimenti effetti distruttivi per l'impresa in *default* (21).

L'istituto potrebbe in particolare servire a «coprire» quella fase delicata delle trattative funzionali alla conclusione dell'accordo, visto che fino alla sua pubblicazione non si produce alcuno degli effetti protettivi previsti dalla legge (22). Il *trust* diverrebbe così una via, su base privatistica, per garantire una protezione immediata già nella fase delle trattative sul modello statunitense del c.d. *automatic stay*, efficace non appena presentata la domanda di ammissione alla procedura di *reorganization*. In questa logica l'accordo di ristrutturazione potrebbe persino prevedere un *guardian* del *trust* da far designare al tribunale, pervenendo alla emersione, sulla base dell'autonomia privata, di una sorta di organo di vigilanza con funzioni analoghe a quelle del commissario giudiziale (23).

Ma anche in questo caso, come nel fallimento, il problema sarebbe l'emersione di una modifica di fatto della disciplina legislativa di cui all'art. 182bis l.fall., con l'introduzione di un blocco duraturo delle azioni esecutive individuali laddove il legislatore ne prevede una sospensione di durata assai limitata nel tempo e comunque non automatica (24).

Si corre, infatti, il concreto rischio che una operazione di questo tipo, formalmente finalizzata a tutelare i creditori, configuri una forma di liquidazione atipica diretta in realtà alla sottrazione dei beni sociali rispetto al loro impiego e alla finalità di regolazione dei debiti (25). E ciò avverrebbe anche se si utilizzassero strumenti negoziali «domestici», come la destinazione *omnibus* ex art. 2645ter c.c. di cui parleremo più innanzi, in modo da ottenere risultati che il legislatore riconnette solo all'avvio di proce-

dure tipiche (come la domanda di concordato). L'atipicità del negozio potrebbe in questa logica

Note:

(18) L. Rovelli, *Il ruolo del trust nella composizione negoziata dell'insolvenza di cui all'art. 182bis L.F.*, in questa Rivista, 2007, 595 s.

(19) D. Galletti, *Sull'utilizzo del trust nelle procedure concorsuali*, in www.assotrusters.it/trust.piacenza2009.pdf, 3 s., il quale ricorda che uno dei problemi più evidenti dell'art. 182bis l.fall., anche dopo l'intervento correttivo, è infatti la mancanza nell'ordinamento di strumenti protettivi degli *assets* mentre il debitore sta ancora negoziando l'accordo, ossia prima di aver raggiunto la percentuale minima dei consensi; anche dopo il deposito del ricorso, l'effetto «protettivo» ha durata limitata, e può non essere sufficiente a conseguire tutti gli obiettivi sperati.

(20) P. Aghion, *Bankruptcy and its reform*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, vol. 1, 145 s.

(21) T.H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. - London, 1986, secondo cui obiettivo primario del diritto delle imprese in crisi è quello di impedire una corsa distruttiva ai beni del debitore.

(22) Si è rilevato che si tratta di una fase molto delicata, che certo non incentiva il ricorso allo strumento visto che da un lato il debitore si espone, manifestando le sue difficoltà ad alcuni suoi creditori, e dall'altro lato non può contare su alcuna protezione contro nuove iniziative dei creditori che siano stati messi in allerta (M. Sciuto, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 339). In tema cfr. pure G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, 21 s.

(23) In questa logica la giurisprudenza ha affermato che deve essere dichiarato nullo ai sensi degli artt. 1418 c.c. e 15 lett. e) della Convenzione dell'Aja del 16 ottobre 1989, n. 364, il *trust* liquidatorio nel quale l'impresa disponente, già in stato di insolvenza ex art. 5 l.fall., abbia segregato l'intero patrimonio aziendale, poiché le regole pubblicistiche che presidono alle procedure concorsuali sono derogabili in via privatistica solo in forza di accordi con i creditori che rappresentino la maggioranza qualificata dei crediti ex art. 182bis l.fall., ma non attraverso un atto di disposizione che renda il patrimonio dell'impresa del tutto insensibile alle esigenze dell'esecuzione concorsuale e del suo controllo da parte dei creditori (Trib. Milano 22 ottobre 2009, in www.ilcaso.it).

(24) In tal senso L. Rovelli, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in questa Rivista, 2009, 1038 (il quale rileva che il conferimento in *trust* di beni di terzi non si pone in conflitto con il limite che la legge pone alla autonomia negoziale, ovvero di non poter disporre dell'azione esecutiva dei creditori estranei sui beni del debitore, rimanendo esposto all'eventuale azione revocatoria ad opera dei creditori dei terzi conferenti).

(25) Al riguardo una certa giurisprudenza ha correttamente affermato che «non vale ad escludere lo stato di insolvenza della società disponente l'aver, prima dell'apertura del concorso, costituito un *trust* avente ad oggetto l'intero patrimonio societario, quando tale operazione si sia rivelata solo formalmente finalizzata a tutelare i creditori, ed abbia piuttosto dato luogo ad una liquidazione atipica diretta in realtà alla sottrazione-distrazione dei beni sociali rispetto al loro impiego e finalità di regolazione dei debiti». Nella specie, il *trustee*, fallito in proprio e coincidente con il legale rappresentante della società disponente pure dichiarata fallita, a due anni di distanza dall'istituzione del *trust* non aveva presentato alcun serio programma di liquidazione, né aveva effettuato alcun pagamento a favore dei creditori sociali, verso i quali erano mancate adeguate forme di comunicazione e di fattivo coinvolgimento (App. Milano 29 ottobre 2009, in www.ilcaso.it).

configurare un contegno indiretto in frode alla legge e comunque non meritevole di tutela ex art. 1322, secondo comma c.c.

Come per il concordato preventivo, allora, l'utilizzo più conforme all'ordinamento rimane quello funzionale alla segregazione soltanto di beni di terzi diversi dal debitore posti a garanzia della corretta e tempestiva esecuzione dell'accordo.

3. Gli effetti del *trust*

In ogni caso, in tutte le procedure concorsuali ed in tutti i possibili utilizzi si pone il problema dell'ammissibilità del c.d. *trust interno o domestico*, che non presenti cioè elementi importanti di estraneità rispetto all'ordinamento, ed in cui le parti siano cittadini italiani ed i beni da trasferire siano ubicati all'interno del territorio italiano, con la mera peculiarità della legge straniera scelta dal disponente per regolamentare il negozio istitutivo.

Come noto l'istituto del *trust* ha consentito nei paesi di matrice anglosassone la disciplina delle diverse pretese intorno a patrimoni separati, situazione risolta spesso negli ordinamenti di *civil law* mediante soluzioni di secondo grado, quale è la costituzione di soggetti giuridici, distinti dalle persone fisiche, che traducono in atti giuridici l'esigenza di dare rilevanza autonoma a tali patrimoni. In buona sostanza si dà luogo invece che all'attribuzione ad uno scopo, all'attribuzione ad una persona che non esiste in natura e che somiglia più ad un interesse preconstituito che ad un soggetto naturalistico (26).

Il *trust* costituisce uno straordinario strumento di autonomia privata per istituire patrimoni destinati a scopi predeterminati, derogando in questo modo al principio di responsabilità patrimoniale universale, per cui il debitore risponde delle obbligazioni con tutti i propri beni presenti e futuri.

Si tratta, tuttavia, del frutto inimitabile della nota contrapposizione, nell'ambito degli ordinamenti giuridici di stampo anglosassone, fra i due sistemi normativi del *common law* e dell'*equity*, entrambi di creazione giudiziale (27), privo di equivalenze concettuali nella *civil law*. Il *trust* non ha infatti natura contrattuale, coinvolge il settlor, che compie l'atto di disposizione (e che può riservarsi determinati diritti di ingerenza sul patrimonio), il trustee che ha l'amministrazione dei beni di cui acquista la proprietà vincolata allo scopo, i beneficiari che acquistano il diritto all'instestazione dei beni al momento dello scioglimento del *trust* e possono vantare diritti agli utili o ad attribuzioni di denaro in pendenza del rapporto, se l'atto di costituzione lo prevede.

L'istituto è una sorta di figura esponenziale delle tecniche di segregazione: i beni che ne costituiscono

l'oggetto vengono messi al riparo sia dai creditori personali del trustee, sia dai creditori del disponente salvo che non sia istituito in loro frode ed essi possano ricorrere ai rimedi posti dall'ordinamento per reintegrare la garanzia patrimoniale, sia dai creditori del beneficiario tranne che questi possano pignorare il credito del loro debitore nei confronti del trustee e tale posizione soggettiva implichi il diritto di ottenere il capitale del *trust*.

Si è affermato in giurisprudenza, proprio con riferimento all'utilizzo nell'ambito di procedure concorsuali, che mediante il trasferimento di beni ad un soggetto quale trustee si verifica immediatamente un effetto segregativo, tale per cui i beni, seppur entrano pienamente nel patrimonio del ricevente, sono esclusivamente deputati al perseguimento degli obiettivi indicati dall'atto istitutivo. Di conseguenza: essi sono insensibili alle vicende personali e patrimoniali del trustee (per cui, ad esempio, i suoi creditori personali non possono soddisfarsi su detti beni; così come, in caso di sua morte non entrano nell'asse ereditario); essi sono trasferiti di diritto, in caso di decesso, revoca o sostituzione del precedente trustee, al nuovo trustee nominato secondo le modalità previste dall'atto istitutivo (28).

4. La protezione dei creditori nella Convenzione dell'Aja

Prima di entrare nel merito dell'ammissibilità sul piano generale del *trust* interno, va detto che in ogni caso, l'istituto non può essere impiegato in violazione dei diritti dei creditori personali del terzo, che siano già venuti in essere. Questi creditori possono, secondo alcuni, impugnare la costituzione del *trust* con l'azione revocatoria, ordinaria e fallimentare, secondo altri chiederne la declaratoria di nullità per violazione di norme imperative e per altri ancora agire (non contro l'atto istitutivo del

Note:

(26) Così Salamone, *Sui patrimoni destinati a specifici affari*, in AA.VV., *Profili patrimoniali e finanziari della riforma*, Atti del Congresso di Cassino, 9 ottobre, 2003, a cura di C. Montagnani, Milano, 2004, 99. Cfr. inoltre nell'amplissima letteratura tra gli altri M. Stella Richter, *Il trust nel diritto italiano delle società*, in questa *Rivista*, 1998, I, 477 ss.; M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001; Id., *Aspetti gestori e dominicali, segregazione: trust e istituti civilistici*, 1998, I, 3391; A. Gambaro, *Trust*, voce in *Digesto IV, sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 449.

(27) R. Franceschelli, *Il «trust» nel diritto inglese*, Padova, 1935, 138; C.G. Cheshire, *Il concetto di Trust secondo la Common Law inglese*, Milano, 1993; A. Busato, *La figura del Trust negli ordinamenti di Common Law e di diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 309; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 1995, 647 ss.

(28) Trib. Napoli 19 novembre 2008, in questa *Rivista*, 2009, 325.

trust - che non produce effetti dispositivi - bensì) contro l'atto di trasferimento al fiduciario ovvero contro l'atto con il quale i beni sono posti sotto il controllo dello stesso o ancora contro l'atto di segregazione del patrimonio del disponente.

In realtà, la ratifica italiana alla Convenzione dell'Aja ha posto come limiti all'operatività dell'istituto soltanto le regole di diritto interno ritenute di applicazione necessaria, e tra queste la riserva contenuta nell'art. 15, lett. e), riguardante la protezione dei creditori in caso di insolvenza (29). Di conseguenza va escluso che attraverso il riconoscimento degli effetti del *trust*, si possa derogare alle norme ed ai principi di ordine pubblico della legge richiamata dalle norme di conflitto del foro.

Si è perciò affermato che nel caso di *trust* liquidatorio istituito a tutela della massa dei creditori quando la società disponente non era insolvente, la successiva dichiarazione di fallimento di quest'ultima si configurerebbe come causa sopravvenuta di scioglimento dell'atto istitutivo, analogamente a quelle ipotesi negoziali la cui prosecuzione è incompatibile con la dichiarazione di fallimento (30). Mentre nel caso di *trust* liquidatorio istituito a tutela dei creditori nel momento in cui l'imprenditore disponente era già insolvente, il relativo atto istitutivo dovrebbe ritenersi radicalmente nullo *ab origine* in quanto diretto ad eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale in violazione degli artt. 13 e 15, lett. e) della Convenzione dell'Aja (31).

A nostro avviso il rimedio è rappresentato dall'azione revocatoria che può riguardare evidentemente solo gli atti del disponente là dove gli elementi soggettivi ed oggettivi siano collegati al diritto interno ossia quando, come nella specie, i beni si trovano nello Stato ovvero quando il disponente è soggetto al diritto interno, considerato che i beni del *trust* sono necessariamente segregati all'interno del patrimonio del fiduciario ed i creditori del beneficiario possono solo agire per i crediti che questi può vantare nei confronti del *trust* (e in linea di principio, tali creditori non possono aggredire i beni del *trust* che il beneficiario non ha diritto di ottenere anticipatamente o difformemente dalle originarie disposizioni del *settlor*).

Diversa è la condizione di soggetti e beni che si trovano al di fuori della sfera del nostro diritto interno e che possono beneficiare di particolari *trust*, che proteggono i beni da un attacco indiretto da parte dei creditori del beneficiario (32). In particolare, nel sistema inglese la clausola *protective* protegge i

il 1° gennaio 1992) con la L. 16 ottobre 1989 n. 364. La Convenzione all'art. 15 fa salva, in particolare, la *protezione dei creditori in caso di insolvenza* necessariamente in riferimento al *settlor* (sul tema cfr. L. Panzani, *Trust e fallimento*, Atti del Convegno *Il trust interno: struttura, applicazioni e aspetti fiscali*, Bologna, 30 marzo 2001).

(30) In tal senso da ultimo Trib. Milano 16 giugno 2009 (in *Dir. fall.*, 2009, II, 498 ss. con nota di F. Di Maio, *Il trust e la disciplina fallimentare: eccessi di consenso*, confermato in sede di reclamo da Trib. Milano 30 luglio 2009, in www.ilcaso.it e in www.dottrinaediritto.ipsoa.it), secondo cui nel caso di disposizione ad opera di un imprenditore non insolvente questa sarebbe comunque incompatibile con la liquidazione concorsuale. Con la dichiarazione di fallimento la gestione e la liquidazione degli *assets* del fallito non può più essere proseguita sulla base di un regolamento negoziale del disponente, ma *invito domino* secondo le regole della liquidazione concorsuale (spossessamento, norme speciali di regolazione dei contratti pendenti, rispetto della *par condicio* in sede di riparto, vendita forzata con effetti purgativi, etc.). L'effetto proprio del fallimento di spossessamento del debitore a tutela dei creditori e l'emersione del curatore, quale figura che, *invito domino* e per conto della massa dei creditori, amministra e liquida il patrimonio del fallito, renderebbe incompatibile con l'ordinamento italiano un *trust* che, seppure originariamente lecito, conferisce a un *trustee* l'intero patrimonio del disponente fallito. Secondo tale giurisprudenza, pur non essendovi una espressa norma di regolazione del conflitto nella legge fallimentare (come nella Convenzione dell'Aja), potrebbero applicarsi in via analogica quelle disposizioni che prevedono lo scioglimento *ex lege* di fattispecie negoziali stipulate dall'impresa *in bonis* la cui prosecuzione non è compatibile con la liquidazione fallimentare (artt. 76, 77 e soprattutto 78 l.fall.). Al contrario potrebbe porsi un problema di sopravvivenza degli effetti del *trust* verificatosi *medio tempore*, come nel caso in cui il curatore intenda avvalersi dell'effetto segregativo dell'atto istitutivo per far valere titoli di prelazione costituiti sui beni *in trust* dopo l'istituzione dello stesso e prima della dichiarazione di fallimento del disponente. Conforme Trib. Milano 17 luglio 2009, in *Dir. fall.*, 2009, II, 523 ss. e in www.dottrinaediritto.ipsoa.it (secondo cui l'impostazione sarebbe avallata dalla modifica dell'art. 78 l.fall., che non prevede più lo scioglimento del contratto di mandato in caso di fallimento del mandante, consentendo che il programma negoziale avviato prima della dichiarazione di fallimento sia perseguito dal mandatario per conto del curatore del fallimento del mandante).

(31) Si è affermato in particolare che un *trust* liquidatorio, che si ponga come dichiarato scopo quello di tutelare i creditori ricorrendo alla segregazione di tutto il patrimonio dell'imprenditore quando era già insolvente, è incompatibile con la clausola di salvaguardia di cui all'art. 15, lett. c) della Convenzione, in quanto il disponente, avendo perso i mezzi propri, dovrebbe immediatamente ricorrere alle procedure concorsuali. In questo caso si tratterebbe quindi di un atto privatistico che mira dissimulatamente a sottrarre agli organi della procedura la liquidazione dei beni in assenza del presupposto sul quale poggia il potere dell'imprenditore di gestire il proprio patrimonio, ossia che l'impresa sia dotata di mezzi propri. Il *trust* così costituito non avrebbe lo scopo di proteggere i beneficiari (i creditori) ma proprio l'opposto scopo di danneggiare i creditori sottraendo loro l'intera garanzia patrimoniale. In questa logica, il dichiarato scopo del beneficiario costituirebbe, pertanto, abusivo utilizzo del *trust* per sottrarre il patrimonio alla legislazione concorsuale italiana o, comunque, atto negoziale in frode alla legge *ex art.* 1344 c.c., mirante a realizzare effetti ripugnanti per l'ordinamento (Trib. Milano 16 giugno 2009, cit., 512 ss.; conforme nel senso della nullità Trib. Milano 22 ottobre 2009, cit., 2).

(32) Si tratta dei c.d. *protective trust* (al riguardo G. Demaria, *Il trust e l'azione revocatoria ordinaria nel diritto italiano*, Atti del Convegno *Il trust quale legittimo strumento di tutela del patrimonio*, Torino, 13 marzo 2003).

Note:

(29) L'Italia ha, come noto, ratificato la Convenzione sulla disciplina e sul riconoscimento dei *Trusts*, (sottoscritta all'Aja il 1° luglio 1985 ma entrata in vigore, a termini del suo art. 30, soltanto

beni da un attacco indiretto da parte dei creditori del beneficiario mettendo fine al diritto di quest'ultimo di ricevere i benefici del *trust* al verificarsi di determinati eventi nei quali egli non potrebbe percepire le somme altrimenti a lui dovute. All'avverarsi di tali eventi, il *trust* diviene discrezionale e l'interesse del beneficiario una mera aspettativa (33). Quando il beneficiario è anche *disponente*, esistono tuttavia limiti all'efficacia di questa clausola, che non è infatti opponibile al fallimento. La procedura può quindi chiedere al *trustee* quello che spettava al debitore prima dell'insolvenza in base ai termini del *trust* fisso che si sarebbe dovuto trasformare in discrezionale all'avverarsi della condizione dedotta nella clausola *protective*.

Si parla di *trust* protettivi in senso proprio ed in senso lato. Nel primo caso si fa riferimento alla categoria del *protective trusts* che si ha quando l'interesse del beneficiario viene meno all'occorrere di un certo evento. Nel diritto inglese si distingue fra condizione risolutiva e *determinable interest*. La condizione risolutiva opera sul diritto facendolo venire meno in conseguenza del suo verificarsi; il *determinable interest* nasce fin da principio con una inerente limitazione (34). La seconda accezione riguarda gli *asset protection trusts* ossia i *trust di protezione patrimoniale*, che vengono istituiti allo scopo di prevenire l'accesso dei creditori del disponente ai beni che altrimenti formerebbero oggetto della sua garanzia patrimoniale generica (35).

Nel modello americano, invece, lo *spendthrift* permette al disponente di attribuire al beneficiario un *interest* intrasferibile, né volontariamente, né per forza di legge: egli non può disporne ed i suoi creditori non possono appropriarsene. Al contrario di ciò che avviene per i *protective trusts* inglesi, nessuna condizione risolutiva è quindi imposta alla posizione soggettiva del beneficiario, la quale invece è semplicemente separata nel patrimonio di quest'ultimo e gravata da un vincolo d'indisponibilità. La clausola *spendthrift* non è opponibile ai creditori del beneficiario quando egli sia stato anche disponente, è inopponibile al singolo creditore del beneficiario-disponente che abbia avviato un'esecuzione individuale ed a certe classi di creditori del beneficiario, indipendentemente dal fatto che egli sia stato o meno disponente (36).

Nel modello di *trust* c.d. *internazionale* (37), infine, l'autonomia negoziale del disponente incontra limiti ancor più ridotti nell'impiegare l'istituto come strumento per la protezione del patrimonio. Le varie leggi c.d. *off shore* contengono norme sostanziali dirette a restringere l'ambito d'applicazione dell'azione revocatoria, ed eliminano in sostanza la possibilità di dichiarare il negozio simulato o di riquali-

Note:

(33) Quando uno degli eventi è l'esecuzione individuale o collettiva e questa si verifica, nessun diritto di credito si trova più nel patrimonio del beneficiario e nulla può essere quindi incluso nella massa fallimentare o pignorato (sul tema cfr. anche G. Schiano di Pepe, *Trust di protezione patrimoniale e fallimento*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2004, 215 ss.).

(34) Cfr. M. Lupoi, *Strutturazione dei trust di protezione patrimoniale*, Atti del Convegno *Il trust quale legittimo strumento di tutela del patrimonio*, cit.

(35) Cfr. A. Vicari, «*Asset protection trusts*»: *i trust per proteggere il patrimonio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, 540 e, più ampiamente, A. Vicari, *Il trust di protezione patrimoniale*, Milano, 2003. Nei *trust* di protezione patrimoniale in senso proprio, tuttavia, la protezione sembra coincidere con lo scopo: la coincidenza non è riscontrabile tutte le volte che la struttura del *trust* sia impiegata per avvalersi delle sue reali potenzialità, mentre, in caso diverso, emerge la questione sulla quale si è concentrata la giurisprudenza americana, ovvero quale rilevanza attribuire alla finalità del disponente in quanto essa si traduca in disposizioni dell'atto istitutivo o della organizzazione dei beni in *trust* che siano suscettibili di condurre a considerare il *trust* simulato o comunque di rendere il *trust* inopponibile ai creditori del disponente (*Federal Trade Commission v. Anderson*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 242, USA Court of Appeal; *In the Matter of the Trustee Act*, 1956, *ivi*, Cook Islands, High Court; *v. ancora United States of America v. Anderson Limited*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 615, Cook Islands, High Court). Mentre ogni trasferimento ai *trustee* di questi *trust* è soggetto agli ordinari rimedi revocatori (che nei *trust* interni sono quelli previsti dal diritto italiano, in quelli esteri dalle leggi straniere applicabili), è altrettanto fuori di discussione che i trasferimenti che un soggetto possa compiere senza che ricorrano i presupposti per i rimedi revocatori rimangono inattuabili, in linea di principio, anche se diretti in favore di un *trustee* (R. Signetti, *Il trust e l'azione revocatoria nel diritto anglo americano*, Atti del Convegno *Il trust quale legittimo strumento di tutela del patrimonio*, cit.).

(36) Lo *spendthrift trust* che, come indica la stessa denominazione, riguarda soggetti a rischio di prodigalità, si concreta quindi in un vincolo di indisponibilità, tanto volontaria che conseguente all'espropriazione promossa da un creditore del beneficiario e comporta che, al verificarsi dell'evento che corrisponde alla cessazione del diritto, i diritti che altrimenti competerebbero al beneficiario divengono oggetto di un *trust* discrezionale per il mantenimento e il sostegno, in favore del medesimo beneficiario, del suo coniuge e dei suoi discendenti ovvero, mancando questi ultimi, dei soggetti che, qualora il beneficiario fosse defunto, sarebbero beneficiari del reddito o dei beni in *trust* (cfr. al riguardo A. Vicari, *Gli «spendthrift trusts»: i trust per proteggere il beneficiario dai suoi creditori*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 41; A. Dimundo, «*Spendthrift clause*» e *fallimento del beneficiario: riflessioni di un giurista italiano*, *ivi*, 2000, 499). R. Signetti, *Il trust e l'azione revocatoria*, cit., 7 s., ricorda che la *section 157* del *Restatement Second of Trusts* individua espressamente alcune classi di creditori come la moglie ed il figlio del beneficiario per i crediti relativi agli alimenti ed al mantenimento; i prestatori di beni o servizi erogati direttamente al beneficiario o impiegati per conservare od incrementare il valore del suo *interest*, lo Stato per i crediti vantati nei suoi confronti. Il *Restatement* aggiunge inoltre che questo elenco non è necessariamente esaustivo e che le corti possono comunque permettere il pignoramento in tutti i casi in cui la *public policy* lo richieda.

(37) Una serie di leggi di Paesi *off-shore* contengono norme di diritto internazionale privato e processuale dirette a rivendicare l'esclusiva competenza del diritto del foro e a rendere vana la giurisdizione delle corti del Paese di residenza del disponente a cui hanno facile accesso i suoi creditori (ad es. Mauritius, *Offshore Trusts Act*, 1992, sect. 51; Seychelles, *International Trusts Act*, 1994, sect. 50; Labuan, *Offshore Trust Act*, 1996, sect. 5; (segue)

carlo in termini di mandato, abolendo peraltro le limitazioni poste dal diritto inglese e da quello americano all'efficacia degli *spendthrift* o *protective trusts* in favore del disponente.

5. I rimedi revocatori

Tornando al rimedio revocatorio, comunque, va detto che questo non riguarda il riconoscimento degli effetti del *trust* nel diritto interno, né tanto meno la validità degli atti di disposizione, ma solo la possibilità di ottenere una dichiarazione di inefficacia dei *singoli atti di disposizione* del patrimonio che, anche se validi, arrechino pregiudizio alla garanzia patrimoniale.

Da questo punto di vista va ricordata la natura costitutiva della dichiarazione di inefficacia, proprio perché tale dichiarazione non considera l'atto di disposizione in sé, ma gli effetti che lo stesso produce sul patrimonio del debitore.

Oggetto della revocatoria non può essere l'atto istitutivo del *trust* che non produce effetti dispositivi ma l'atto di trasferimento al fiduciario ovvero l'atto col quale i beni sono posti sotto il controllo dello stesso o ancora l'atto di segregazione nel patrimonio del disponente, nell'interesse del beneficiario o per uno scopo specifico (38). A questo sistema fa eccezione il *trust* «autodichiarato» di diritto anglosassone (col quale si dà un'articolazione di funzioni e di patrimoni in assenza totale di alterità soggettiva fra gerito e gestore) che non determina il trasferimento del diritto ed in cui il *settlor* si autodichiara *trustee* di detto diritto apponendo sul medesimo il vincolo di destinazione (39).

D'altra parte, l'istituto del *trust* si può manifestare in diverse articolazioni con una sorprendente varietà di strutture e funzioni in cui va identificato, ai fini della revocatoria, il soggetto terzo, che non è il fiduciario, ma chi riceve i benefici e subisce correlativamente gli effetti negativi dell'azione. A quest'ultimo si deve fare riferimento per individuare «la consapevolezza o la partecipazione alla dolosa preordinazione» di cui all'art. 2901, primo comma, n. 2 c.c., o la *scientia decoctionis* richiesta o meno rispettivamente nei due commi dell'art. 67 l.fall.

Dunque ai fini della revocabilità, le singole fattispecie di *trust* devono essere analizzate caso per caso, valutando la *gratuità* o l'*onerosità* dei singoli atti dispositivi in relazione all'intero, e spesso complesso, assetto degli interessi in gioco, quale risulta dal collegamento tra il momento istitutivo e dispositivo e dal coinvolgimento sia del disponente, sia del fiduciario, sia del beneficiario (o dei beneficiari), che, nella logica del *trust*, come risulta dall'art. 2, com-

ma 1 della Convenzione dell'Aja, risultano titolari di pretese e di situazioni giuridiche protette.

L'istituzione del *trust* è insomma di per sé un atto pianificatorio *neutro*, 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 parti (40).

Mentre ad esempio l'atto di costituzione del fondo patrimoniale secondo l'orientamento consolidato è

Note:

(segue nota 37)

Belize, *Trusts Act*, 1992, sect. 12; Anguilla, *Trusts Ordinance* 1994, sect. 12; Nevis, *International Exempt Trust Ordinance*, 1994, sect. 6; *Trusts Jersey Law*, 1984, art. 31; Turks & Caicos, *Trust Ordinance*, 1990, sect. 34; Dominica, *International Exempt Trust Act*, 1997, sect. 6; Malta, *Trusts Act* 1988, sect. 13; Cook Islands, *International Trusts Amendment Act*, 1989, sect. 13F; *Trusts Guernsey Law*, 1989, sect. 40; St. Vincent and the Grenadines, *Act Number 20 of 1996*, sect. 10). All'emanazione di queste leggi, la prassi internazionale ha risposto predisponendo l'*asset protection trust* che: contiene una clausola *spendthrift* o *protective*; è strutturato in favore del disponente stesso; prevede che alle istruzioni di quest'ultimo debba rispondere il *trustee*; prevede che il *trustee* ed i beni siano localizzati nel Paese *off-shore* e che il *trust* sia di breve durata.

(38) Cfr. art. 2, comma 2, della Convenzione dell'Aja (in questo senso G. Tucci, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts*, 2003, 33; G. De Nova, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, *ivi*, 2000, 162).

(39) La tesi dell'applicabilità alla figura del *trust* autodichiarato della Convenzione dell'Aja, prevalente in dottrina (M. Lupoi, *I trust nel diritto civile*, Torino, 2004, 259; N. Lipari, *Fiducia statica e trusts*, in AA.VV., *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano, 1996, 77; R. Siclari, *Il trust interno tra vecchie questioni e nuove prospettive: il trust statico*, in *Vita not.*, 2002, 744 s.; P. Manes, *Trust e art. 2740 cod. civ.: un problema finalmente risolto*, in *Contr. Impr.*, 2002, 571; F. Steidl, *Trust autodichiarati: percorsi diversi della trascrivibilità*, in *Trust att. fid.*, 2003, 376) non è tuttavia pacifica in giurisprudenza ove le decisioni favorevoli (Trib. Pisa 22 dicembre 2001, in *Trust*, 2002, 241; Trib. Milano 29 ottobre 2002, *ivi*, 2003, 270; Trib. Verona 8 gennaio 2003, *ibidem*, 409; Trib. Parma 21 ottobre 2003, *ivi*, 2004, 73) non sono adeguatamente motivate. Mentre la giurisprudenza contraria (Trib. Napoli 1 ottobre 2003, in *Trust*, 2004, 74, confermato da App. Napoli 27 maggio 2004, *ibidem*, 570) ha affrontato il tema in modo più compiuto, rilevando che il *trust* cui fa riferimento l'art. 2 della Convenzione postulerebbe che disponente e *trustee* siano soggetti diversi ed inoltre che la finalità familiare perseguita dal *trust* nel caso di specie potrebbe essere attuata facendo ricorso all'istituto del fondo patrimoniale. Si è tuttavia replicato che l'art. 2 paragrafo primo, là dove parla di un «disponente» e di un «*trustee*», non postula che costoro debbano essere soggetti distinti, ma si limita ad affermare che, per aversi un *trust* ai sensi della Convenzione, occorre una fattispecie in cui «qualcuno» svolge il ruolo di disponente e «qualcuno» (non necessariamente «qualcun altro») svolge il ruolo di *trustee*.

(40) Cfr. V. Roppo, *Il contratto*, in Trattato Iudica-Zatti, Milano, 2001, 689; B. Rudden, *La Teoria economica contro la «Property law»: il problema del «numerus clausus»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 451.

inquadabile tra gli atti a titolo gratuito (41) e, come tale, soggetto all'azione revocatoria (42), tale principio è applicabile al *trust*, soltanto là dove il disponente non era in grado di adempiere alle proprie obbligazioni assunte prima del trasferimento dei beni in *trust* o anche a quelle assunte dopo (43), se l'atto dispositivo era *dolosamente preordinato* (44). In tale prospettiva, per valutare l'eventuale consapevolezza o la partecipazione alla dolosa preordinazione da parte del terzo - presupposti richiesti per la revocabilità in via ordinaria degli atti onerosi (art. 2901, primo comma, n. 2, c.c.), ovvero il requisito soggettivo della revocatoria fallimentare (art. 67 l.fall.) - bisogna fare riferimento al beneficiario del *trust* (45).

Quanto invece ai *trusts* utilizzati nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182bis

Note:

(41) Il fondo patrimoniale, a seguito del fallimento del coniuge imprenditore commerciale, pone con straordinaria e significativa frequenza il problema della potenziale revocabilità. In caso di istituzione di un fondo patrimoniale costituito da un imprenditore commerciale, si realizza una forma di esercizio individuale dell'attività d'impresa con sostanziale limitazione di responsabilità. A tale risultato può pervenirsi nel nostro ordinamento solo attraverso il ricorso al modello societario (della s.r.l. o della s.p.a. unipersonale), e non anche attraverso il ricorso diretto alla fattispecie dell'impresa individuale a responsabilità limitata. In entrambi i casi, sia quello della società unipersonale, sia quello dell'impresa individuale sostanzialmente a responsabilità limitata mediante costituzione di un fondo patrimoniale, si fa luogo ad una segmentazione dei patrimoni: in un caso mediante apporto in società e creazione, per così dire, in positivo, di un patrimonio autonomo destinato all'impresa; nell'altro caso, mediante sottrazione di alcuni beni dal patrimonio generale «di provenienza» e creazione, in negativo, di un patrimonio separato da non destinare (o meglio, da sottrarre) all'impresa. In altre parole, e più precisamente, in quest'ultima ipotesi si viene a creare un'impresa individuale sostanzialmente a responsabilità limitata per ablazione, anziché formalmente per conferimento o (ove consentito) per atto di destinazione. Tuttavia, la differenza tra impresa individuale formalmente a responsabilità limitata ed impresa societaria unipersonale (e quindi sostanzialmente a responsabilità limitata) si rivela nella differente disciplina di destinazione del patrimonio d'impresa: nell'impresa individuale non vi è un vincolo di destinazione del patrimonio d'impresa all'attività, con conseguente assoluta vigenza del principio di inscindibilità del patrimonio; viceversa, l'adozione dello schema societario in funzione dell'esercizio di un'impresa sostanzialmente individuale determina la creazione ed il mantenimento di un vincolo di destinazione sul patrimonio d'impresa anche nell'interesse dei terzi (L. Calvosa, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano, 2003, 45).

(42) Cass. 7 marzo 2005, n. 4933, in *Mass. giust. civ.*, 2005, f. 3; Cass. 2 agosto 2002, n. 11537, in *Riv. not.*, 2003, 444; Cass. 17 giugno 1999, n. 6017, in *Mass. Giur. it.*, 1999; Cass. 22 gennaio 1999, n. 591, in *Foro It.*, 1999, I, 1469 e in *Giur. It.*, 2000, 516; 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 configura 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 entram-

bi i coniugi, in ogni caso non sussistendo alcuna contropartita in favore del costituente o dei costituenti); Cass. 28 novembre 1990, n. 11449, in questa *Rivista*, 1991, 365; Cass. 25 luglio 1997, n. 6954, *ivi*, 1998, 679 (che ha osservato che se l'attribuzione proviene da entrambi i coniugi, di cui uno soltanto fallito, la revoca colpisce soltanto il 50% dell'attribuzione riferibile al fallito); Cass. 2 dicembre 1996, n. 10725, in *Fam. dir.*, 1997, 169 (che ha qualificato la costituzione del fondo patrimoniale come atto tipico di liberalità. È 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.).

(43) Trib. Cassino 8 gennaio 2009, in *www.ilcaso.it* (secondo cui, posto che la mancata previsione di un corrispettivo è indice di gratuità dell'atto di trasferimento di beni in *trust*, può essere accolta l'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. di tale atto ove risulti provata, anche per presunzioni, la consapevolezza in capo al debitore disponente del pregiudizio arrecato agli interessi del creditore).

(44) Anche se una parte della dottrina ha riconsiderato la regola contenuta nell'art. 2740 c.c. ritenendo un dogma superato l'orientamento diretto a vanificare il regime pattiziamente creato tra debitore e creditori preferiti, la giurisprudenza applica in modo abbastanza rigido l'art. 2901 c.c. e seguita a considerare, in *re ipsa*, l'*eventus damni* quale presupposto dell'azione revocatoria ordinaria, allorché l'atto di disposizione determini la perdita concreta ed effettiva della garanzia patrimoniale del debitore; con le ulteriori precisazioni che la revocatoria ordinaria di atti a titolo gratuito non postula che il pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore sia conosciuto, oltre che dal debitore, anche dal terzo beneficiario e, per i crediti sorti dopo, non richiede anche il *consilium fraudis* del terzo come specifico elemento psicologico, così come per gli atti a titolo oneroso. Orbene, considerato il contenuto dell'art. 2740 c.c., e la sua attuale interpretazione riferita all'ordine pubblico inderogabile, occorre considerare come il conferimento di beni in *trust* (sia prima che dopo il sorgere del debito del disponente) sia «ontologicamente uno strumento per proteggere il patrimonio del *settlor*, al fine di sottrarlo al compendio dei beni presenti e futuri, con cui lo stesso deve sempre rispondere delle proprie obbligazioni. Il *trust* è visto, come il fondo patrimoniale, con sfavore, proprio in relazione alla sua specifica finalità ed alla considerazione ed alla prevalenza che il nostro ordinamento assegna al ceto creditorio in generale e senza limitazioni non ammesse dalla legge. È altrettanto chiaro come, secondo i principi del nostro ordinamento, la causa ed il motivo (anche sotto il profilo dell'art. 1345, c.c.) del *trust* siano certamente ed immediatamente quelli di sottrarre beni ai creditori del disponente. Per il nostro ordinamento, e secondo una visione settoriale dei suoi contenuti negoziali del *trust* che è resa possibile dall'art. 15 della Convenzione, questa è la espressa ed ontologica finalità cui sono solo conseguenti le ulteriori specifiche finalità del *trust* stesso in favore di determinati soggetti o scopi che vengono tutelate con il rapporto di *trust*» (G. Demaria, *Il trust e l'azione revocatoria ordinaria*, cit., 4).

(45) A. Morace Pinelli, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contr. Impr.*, 2009, 487; G. Tucci, *Trust, concorso dei creditori*, cit., 34 ss. (secondo cui nel momento in cui si procede ad una valutazione della complessa fattispecie nell'ambito del giudizio revocatorio sarà necessario considerare l'intero assetto di interessi, quale risulta dal collegamento tra il momento di organizzazione del singolo *trust* ed il momento dispositivo e dal coinvolgimento sia del disponente - *settlor* - sia del fiduciario - *trustee* - sia del beneficiario o dei beneficiari, che, nella logica del *trust*, come risulta dall'art. 2, comma 1 della Convenzione, risultano titolari di pretese e di situazioni giuridiche protette).

l.fall. (46) oppure di un piano di risanamento «attestato» ex art. 67, comma 3, lett. d) l.fall. (47), l'esenzione da revocatoria dovrebbe coprire in linea di principio anche l'atto di disposizione dei beni in favore del *trustee*.

6. *Trust* interno ed internazionale

In ogni caso, è pacifico che la Convenzione non abbia introdotto un *trust* di diritto interno né abbia dettato una disciplina nazionale per l'istituto (48), e quindi si continua a discutere, anche dopo la ratifica italiana (49), sull'ammissibilità del *trust* c.d. *interno*, rispetto al quale la novità rappresentata dall'art. 2645ter c.c. è molto rilevante.

In realtà obiettivo della Convenzione è quello di garantire lo sviluppo dell'istituto, mediante la fissazione di norme internazionali di diritto privato, che introducano, negli ordinamenti dei diversi Stati, criteri univoci per il riconoscimento dei *trusts* di diritto estero e che consentano, per quanto possibile, di uniformare tra loro anche le norme interne di conflitto. La finalità di diffondere l'istituto è stata perseguita prevedendo la libertà di sceglierne la legge regolatrice per cui il concreto utilizzo diviene possibile anche ai cittadini di «*non Trust Country*» (artt. 6 e 7) e sancendo l'obbligatorietà per tutti gli Stati aderenti di riconoscerlo quando corrisponda al modello convenzionalmente tipizzato (art. 11) (50).

La Convenzione dell'Aja rimane però una convenzione in tema di conflitti di leggi e, non assumendo il carattere di convenzione di diritto sostanziale uniforme, non produce l'effetto di introdurre nel nostro ordinamento un *trust* di diritto interno (51) ma di individuare la legge regolatrice di quelle fattispecie che presentano elementi di estraneità. D'altra parte l'art. 13 sancisce che «Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione».

L'interpretazione letterale della norma sembra escludere la legittimità del *trust* domestico non avendo lo Stato italiano previsto e disciplinato tale figura e mancando elementi obiettivi di internazionalità della fattispecie (52). Il citato articolo attribuisce ad ogni Stato sottoscrittore, che non preveda il *Trust*, ma anche ad uno Stato che lo preveda (*Trust Country*), il potere di rifiutarne il riconoscimento. L'ambito individuato dall'art. 13 è quello del *trust* interno di uno Stato che non lo prevede, nel quale i soggetti e l'oggetto, cioè gli elementi im-

portanti, sono localizzati nel territorio dello Stato medesimo. Così, un *trust* interno allo Stato italiano

Note:

(46) Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2007 ha omologato un accordo di ristrutturazione in cui l'accomandatario di una s.a.s. in liquidazione, dopo aver istituito un *trust* autodichiarato del quale si nominava *trustee*, su suoi beni personali, aveva ottenuto il consenso dei necessari creditori. Il *trust* prevedeva che laddove entro un termine preciso il patrimonio sociale non fosse riuscito a soddisfare i creditori, il *trustee* avrebbe dovuto essere cambiato ed il nuovo *trustee* avrebbe dovuto cominciare a vendere i beni personali dell'accomandatario, per assicurare il pagamento dei debiti (inedito citato in A. Tonelli, *Forme di utilizzazione del trust nelle procedure concorsuali*, in *Nds*, 2009, n. 29, 19 s.).

(47) Una certa giurisprudenza ha ritenuto che abbia natura solutoria l'atto istitutivo di un *trust* finalizzato al superamento della crisi dell'impresa mediante la predisposizione di un piano ai sensi dell'art. 67, lett. d) l.fall. (Trib. Alessandria 24 novembre 2009, in *www.ilcaso.it* e in *www.dotrinaediritto.ipsoa.it*, secondo cui al fine di determinare la natura gratuita od onerosa di tale atto, occorre fare riferimento al rapporto tra disponente e destinatari, con la conseguenza che avrà natura liberale l'atto con il quale il disponente assoggetta determinati beni al *trust* con finalità liberali nei confronti dei beneficiari, mentre avrà natura onerosa l'atto con il quale i beni siano destinati all'adempimento di una obbligazione).

(48) Al riguardo C. Castronovo, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, 1323; Id., *Il trust e «sostiene Lupoi»*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 451; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, cit., 638. V'è chi sostiene che la Convenzione avrebbe introdotto un *trust* «amorfo», dettandone caratteristiche diverse da quelle del *Trust* anglosassone (M. Lupoi, *The shapeless Trust - Il Trust amorfo*, in *Vita not.*, 1995, 51).

(49) Prima dell'entrata in vigore della legge di ratifica, ne avevano affermato, in giurisprudenza, la incompatibilità con i principi del nostro ordinamento: Trib. Oristano 15 marzo 1956, in *Foro It.*, 1956, I, 1020; Trib. Casale Monferrato 13 aprile 1984, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, 760, con nota di G. Cassoni, *Il «trust» anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento*.

(50) La Convenzione non fornisce una definizione del *trust* anche se l'art. 2 sancisce che «Ai fini della presente Convenzione, si intendono per *trust* i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente, per atto tra vivi o *mortis causa*, qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per uno scopo determinato»; e lo stesso articolo ne indica le caratteristiche: i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*; i beni sono intestati al nome del *trustee* o di un'altra persona per conto di lui; il *trustee* è investito del potere e onerato dell'obbligo, del quale deve rendere conto, di amministrare, gestire e disporre dei beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari imposte dalla legge.

(51) In tal senso P. Rescigno, *Notazioni a chiusura di un seminario sul trust*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 457; F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, 18 ss.; Id., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, *ibidem*, 1251; A. Di Majo, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 95 ss.

(52) Si è rilevato che i vari comitati che si sono occupati del testo della Convenzione hanno inteso evitare che in conseguenza della adesione alla convenzione il *trust* divenisse strumento operativo a disposizione della pratica degli affari in un paese non *trust* (M.C. Malaguti, *Il futuro del trust in Italia*, in *Contr. impr.*, 1990, 997; A. Busato, *La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto internazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, 309).

sarebbe quello costituito (in base a legge straniera) da un cittadino a favore di un altro cittadino, entrambi residenti, mediante conferimento di beni situati in Italia. Nessuno degli Stati sottoscrittori, compresa l'Italia, è quindi tenuto a riconoscere un *trust* di questo tipo (53).

Comunque non ha alcun senso chiedersi se, per effetto della Convenzione, gli schemi formali del *trust*, come istituto di *common law*, «siano penetrati nel nostro ordinamento, acquistando cittadinanza italiana, per via del riconoscimento accordato ai negozi, posti in essere nell'ambito di ordinamenti stranieri mediante il ricorso a tali schemi» inimitabili. Ha molto più senso ammettere per le specifiche esigenze della fattispecie l'uso degli istituti e delle soluzioni, *anche di secondo grado* (come le società), dotati di cittadinanza. D'altra parte «ad ogni acquisto di cittadinanza corrisponde... un nuovo *status*, che è quello definito dalle leggi del paese di mutata appartenenza»; né si può essere cittadini di un nuovo paese in base alle regole che, in quello di origine, regolano la cittadinanza. Osta ad una siffatta aporia, «il principio di relatività delle valutazioni e delle formalizzazioni giuridiche, che, sebbene oggi poco in auge, per via della crescente globalizzazione, qualche significato continua pur sempre a rivestire» (54).

7. La irriproducibilità dell'istituto nell'ordinamento giuridico italiano

A questo punto vediamo perché l'istituto è *inimitabile* nel nostro ordinamento e quindi inammissibile anche quando risponda a quegli interessi meritevoli di tutela cui si fa spesso riferimento nei provvedimenti giudiziali che ne ammettono l'uso nell'ambito di procedure concorsuali.

Il *trust* in funzione *protettiva* realizza, mediante un rapporto di natura fiduciaria, un trasferimento o una destinazione di proprietà di beni, a cui è connesso l'obbligo del *trustee* (che ne diventa titolare legale a tutti gli effetti anche se rimangono segregati nel suo patrimonio) di eseguire le disposizioni del *settlor* a vantaggio del *beneficiary*, talora sotto la supervisione di uno o più *protectors*, ed a cui è collegato il diritto del beneficiario di esigere tale prestazione.

Orbene, in primo luogo il nostro diritto di proprietà è concepito nel senso che, in capo al medesimo soggetto titolare, siano ricomprese tutte le facoltà di godimento, di gestione e di disposizione dei beni e quindi il *trust*, generando uno *sdoppiamento* del diritto (*dual ownership*) (55), o meglio una dissociazione tra proprietà e controllo (56), andrebbe considerato una sorta di diritto reale *atipico* (57). Es-

sendo i diritti reali preordinati e riconosciuti dal codice civile (*numerus clausus*), non è ammessa la libera formazione di nuove fattispecie convenzionali (come invece consentito per i rapporti obbligatori dall'art. 1322 c.c.). Nel nostro ordinamento la proprietà si trasferisce tra vivi soltanto mediante atti giuridici determinati, compravendita e donazione, dei quali non vi è traccia nel *trust* anglosassone, ove mancano l'elemento del prezzo e l'intento di liberalità.

In secondo luogo, la costituzione di patrimoni separati violerebbe, in assenza di una norma espressa, il principio della responsabilità patrimoniale generale del debitore di cui all'art. 2740 c.c. (58). Tale impostazione nasce, come noto, dalla concezione di origine francese del patrimonio come emanazione della personalità, con i relativi corollari dell'unicità e della indivisibilità, da un lato, e dell'impossibilità di individuare l'appartenenza di più patrimoni in

Note:

(53) Si è osservato che la legittimità dei *trust* interni sarebbe fondata sulle disposizioni della Convenzione sul riconoscimento e che esse non pongono alcuna limitazione soggettiva o oggettiva, né essa è desumibile dal complesso della Convenzione stessa, nonostante la sua natura di convenzione essenzialmente internazionaleprivatistica. Secondo questa impostazione la Convenzione aderirebbe a quel criterio della libertà della scelta della legge regolatrice che costituisce l'attuale tendenza del diritto internazionale privato e che qualsiasi obiezione di diritto civile riguardo specifiche istanze o specifici profili dei *trust* o si rivolge contro i *trust* da chiunque istituiti (ma questo non sarebbe possibile dopo l'entrata in vigore della Convenzione) o cade nei confronti di tutti (sul tema cfr. anche L. Rovelli, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, in *Trusts*, 2001, 506).

(54) Così in modo ineccepibile G. Palermo, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 394.

(55) Dallo sdoppiamento del diritto di proprietà deriva che il *beneficiary* potrà avvalersi dei rimedi posti a sua tutela dalle Corti di *equity* per rivendicare i beni che siano in mano di qualunque terzo il quale non li abbia acquistati in buona fede e a titolo oneroso o costringere il *trustee* a riversare nel *trust* i beni che abbia acquistato per sé, cioè in nome e per conto proprio, con i proventi di alienazioni dei beni segregati.

(56) Invero si discute dell'esistenza di una doppia proprietà, nella quale il *Beneficiary* sia titolare di una «*equitable ownership*» e il *trustee* di una «*legal ownership*» con riferimento alla posizione del primo, la quale non avrebbe i caratteri della realtà.

(57) Così R. Franceschelli, *Il «trust» nel diritto inglese*, cit., 22; A. Gambaro, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti del trust nei paesi di civil law*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 93.

(58) La norma dell'art. 2740 c.c. è considerata di ordine pubblico dalla prevalente dottrina (D. Barbero, *Sistema istituzionale di diritto privato italiano*, V ed., Torino, 1958, II, 154; G. Tucci, voce *Privilegi. 1) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, 39). Si è ritenuto che in generale i negozi tesi ad aggirare il dettato dell'art. 2740 non potrebbero considerarsi illeciti ma semplicemente revocabili e dunque inefficaci (al riguardo A. Masi, *Destinazione di beni e autonomia privata*, in AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo*, Milano, 2003, 44), mentre una certa giurisprudenza ha ritenuto che la violazione della disposizione comporti la nullità (Trib. Genova 27 gennaio 1983, in *Dir. fall.*, 1984, II, 836).

capo al medesimo individuo dall'altro (oltre che, ovviamente, nelle teorie patrimoniali dell'obbligazione di matrice tedesca) (59). Tale sistema presidia dall'esterno il buon funzionamento del rapporto obbligatorio e ne assicura comunque il risultato utile anche contro l'inerzia o la cattiva volontà del debitore, esponendo tutti i beni di quest'ultimo all'azione esecutiva. Perciò nel nostro ordinamento l'effetto segregativo discende solo da specifiche disposizioni di legge che hanno, in via eccezionale e di volta in volta, previsto una separazione fra godimento, gestione e disponibilità dei beni.

La separazione dei beni oggetto di *trust* rispetto al patrimonio del *trustee* deriva da un atto di autonomia privata, mentre i possibili analoghi effetti rinvenibili nel nostro ordinamento non sono ricollegabili semplicemente ad un atto di volontà proveniente dai privati (60). Essi sono espressamente previsti dalle leggi che li hanno introdotti (61) e disciplinati e possono farsi rientrare in quelle «limitazioni della responsabilità» previste dall'art. 2740, comma 2, c.c. ed ammesse solo nei «casi stabiliti dalla legge».

Il divieto, espresso dall'art. 2740 c.c., di limitare convenzionalmente la responsabilità patrimoniale del creditore, e la conseguente riserva di competenza legislativa in materia, permane e rende i *trusts* della convenzione, ossia «costituiti volontariamente», astrattamente ad esso contrari (62). Non è possibile parcellizzare, a mero arbitrio del disponente, alcuni elementi del patrimonio, sia pur per dare loro una specifica destinazione, sottraendoli alla responsabilità universale in contrasto con il principio dell'unicità del patrimonio, con vantaggio di taluni creditori e danno per gli altri (63).

8. L'applicazione analogica di istituti interni

Secondo una certa impostazione tuttavia l'applicabilità della disciplina specifica del *trust* deriverebbe dalla presenza nell'ambito dell'ordinamento italiano di istituti in cui si attua la disciplina della segregazione (64). Peraltro gli istituti «assimilabili» sono diretti a realizzare soltanto lo scopo assegnato a ciascuno dalla legge, mentre gli scopi perseguibili con il *trust* sono illimitati per numero e varietà.

Ad esempio la fondazione è destinata ad una finalità benefica, come il *charitable trust*, ma necessita del riconoscimento per venire ad esistenza come persona giuridica sulla base di controlli amministrativi preventivi (artt. 17 e 25 c.c.) e non comporta il trasferimento dei beni agli amministratori che non diventano proprietari dei beni. Il *trustee* invece diviene proprietario e, salvo che sia stato previsto di-

versamente, i suoi eredi gli succedono nella specifica funzione. Nel *trust*, ancora, i beneficiari sono titolari di un diritto che ha i caratteri della realtà, mentre nella fondazione i beneficiari hanno un diritto personale alle prestazioni erogate dall'ente,

Note:

(59) Sul tema dell'unità del patrimonio intesa come principio generale dell'ordinamento, cfr. G. Alpa, *I principi generali*, in *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, a cura di G. Alpa e a., in *Trattato Sacco*, Torino, 1999, 395.

(60) Si è ritenuto in dottrina che in generale i negozi tesi ad aggirare il dettato dell'art. 2740 non potrebbero considerarsi illeciti ma semplicemente revocabili e dunque inefficaci ad istanza di parte (al riguardo A. Masi, *Destinazione di beni e autonomia privata*, cit., 44).

(61) La dottrina ha evidenziato l'insufficienza dei tentativi diretti ad accostare il *trust* ad istituti di diritto interno (C. Castronovo, *Trust e diritto civile italiano*, cit., 1325).

(62) Peraltro, l'art. 3 della Convenzione esclude i *constructive trusts*, cioè quei *trusts* costituiti da una decisione del giudice contro la volontà delle parti. È controverso se siano ricompresi i *resulting trusts* costituiti sempre giudizialmente, ma, in questo caso, prendendo atto della volontà implicita delle parti.

(63) In questo senso S. Pugliatti, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, 303; A. Dimundo, «*Spendthrift clause*» e *fallimento del beneficiario*, cit., 501.

(64) L'orientamento secondo cui il *trust* violerebbe il c.d. principio della responsabilità patrimoniale, di cui all'art. 2740 c.c., fa leva sul dato positivo delle norme convenzionali per dedurre la improponibilità della tesi della violazione (cfr. A. Gambaro, *Nota sulla trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 257). Secondo l'impostazione contraria tuttavia non si tratterebbe di ricondurre i *trusts* al secondo comma dell'art. 2740 c.c., il quale dispone che le limitazioni della responsabilità patrimoniale sono ammesse nei soli casi previsti dalla legge, ma più semplicemente di dare atto dell'effetto segregativo, talmente privilegiato dalla medesima Convenzione nell'art. 11 (M. Lupoi, *Strutturazione dei trust di protezione patrimoniale*, Atti del Convegno *Il trust quale legittimo strumento di tutela del patrimonio*, cit.; Id., *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001, 1159 e in *Trusts*, 2002, 169). La dottrina internazionalprivatistica ha richiesto, fin dai primi interventi sul tema, una ragionevole e legittima giustificazione del ricorso all'istituto (R. Luzzatto, «*Legge applicabile*» e «*riconoscimento*» di *trusts* secondo la Convenzione dell'Aja, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 7 ss.) ovvero ha rilevato che un intento abusivo nella scelta della legge applicabile precluderebbe il riconoscimento del *trust* (S.M. Carbone, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 145) e la dottrina civilistica da un lato ha auspicato che il dibattito muova dall'analisi delle funzioni e degli effetti (M. Costantino, *Titolarità giuridica e appartenenza economica: nozioni astratte e destinazioni specifiche per il trustee*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, 169 s.) e dall'altro ha tentato di ricondurre l'istituto direttamente al nostro sistema, avvalendosi del principio dell'autonomia privata (G. Palermo, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà dalle forme)*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, 339). Si è infine tentato di armonizzare le disposizioni contenute nel testo della Convenzione con i principi di ordine pubblico propri del nostro ordinamento (cfr. al riguardo A. De Donato - V. De Donato - M. D'Errico, *Trust Convenzionale - Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999, 40 ss.).

con esclusione di qualsiasi pretesa sul suo patrimonio (65).

Il *fondo patrimoniale* costituito ad opera di uno o di entrambi i coniugi per atto pubblico, oppure da un terzo anche per testamento, per sopperire ai bisogni della famiglia (art. 167 c.c.), a differenza del *trust*, non realizza una separazione perfetta dei beni conferiti (66). Basti pensare all'art. 169 c.c., che consente di alienare i beni sottraendoli al vincolo di destinazione, e all'art. 170 c.c., per il quale non è possibile agire esecutivamente nella sola ipotesi di «debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia» (67). La previsione, poi, dei casi di cessazione del fondo (art. 171 c.c.) e la eventualità che con una pronuncia del giudice si decida sulla destinazione dei beni accentua le differenze col *trust*, affidato alla autonomia privata senza ingerenze ad opera della legge o del giudice. La proprietà dei beni costituenti il fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi «salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione» (art. 168 c.c.); inciso che consente al terzo costituente di riservarsi la proprietà dei beni conferiti, nel quale caso spetterà ai coniugi uno speciale diritto di godimento. Il fondo è utilizzabile solo nel contesto della famiglia e sottoposto a vincoli normativi quanto alla natura dei beni conferibili, alla libertà di alienarli e alla durata (laddove, nel *trust*, può essere conferito qualsiasi bene; il *trustee* può venderli per esigenze di gestione; il disponente è libero di fissare le modalità di cessazione del rapporto) (68).

Nel contratto di *mandato senza rappresentanza* il mandatario deve compiere un atto ulteriore perché si produca in capo al mandante un effetto traslativo dei diritti acquistati in nome proprio dallo stesso mandatario. Nel *trust*, invece, l'attività del *trustee* è riferibile, senza che vi sia la necessità di compiere altre attività, al *beneficiary* in quanto anch'esso proprietario. Il mandante può rivendicare la cosa acquistata per suo conto dal mandatario in nome proprio, solo se si tratta di cosa mobile (art. 1706, primo comma c.c.). Invece, se l'acquisto ha per oggetto un immobile o un mobile registrato, poiché il mandatario ha l'obbligo di ritrasferirlo al mandante (art. 1706, secondo comma c.c.), deve logicamente dedursene che è esso mandatario a diventarne proprietario in seguito all'acquisto da lui compiuto in nome proprio (69).

Nel *trust*, ancora, a differenza di quanto accade nel *contratto a favore di terzo* (70), il *settlor* non si limita a far acquistare al *trustee* determinati obblighi nei confronti del *beneficiary*, ma trasferisce la *legal estate* al *trustee* e, soprattutto, l'*equitable estate* al *beneficiary*. Rispetto poi allo schema dei *patrimoni destinati della*

S.p.a., nel *trust* la segregazione dei beni avviene non nel patrimonio dal quale vengono distaccati, ma in quello del soggetto terzo cui sono trasferiti (71). Ed i beni segregati, pur essendo nella dispo-

Note:

(65) Il beneficiario di una fondazione ha solo una *personal claim* nei confronti dell'ente e non ha diritti verso il patrimonio, il *beneficiary* di un *trust* ha un vero e proprio diritto di sequela nei confronti della *trust property*.

(66) L'amministrazione dei beni del fondo spetta, a differenza del *trust*, normalmente ai coniugi e non a un soggetto terzo (L. De Angelis, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 355).

(67) La proprietà dei beni costituenti il fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi «salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione» (art. 168 c.c.). Il terzo costituente può quindi riservarsi la proprietà dei beni conferiti, nel quale caso spetterà ai coniugi uno speciale diritto di godimento.

(68) Si è affermato in modo opinabile, in giurisprudenza, che la fattispecie sostanziale del fondo patrimoniale, con la segregazione di taluni beni e la successiva possibilità di aggiungere altri in un vincolo di destinazione, senza necessità di trasferimenti, sarebbe estremamente affine a quella del *trust* (Trib. Pisa 27 dicembre 2001, in *Riv. not.*, 2002, 188).

(69) Le posizioni del *beneficiary* e del mandante sono analoghe relativamente agli acquisti di cose mobili; non lo sono, invece, per gli acquisti aventi ad oggetto un immobile o un mobile registrato, e ciò in quanto, relativamente a questi, mentre l'attività del *trustee* è immediatamente efficace per il *beneficiary* (perché costui è titolare della *trust property*), invece il mandante diventa proprietario del bene solo in seguito al «ritrasferimento». Una certa giurisprudenza di merito ha peraltro rilevato che ferma l'inammissibilità del *trust interno*, la domanda volta ad ottenere, in applicazione dell'art. 15, comma 2 Convenzione dell'Aja 1 luglio 1985, la realizzazione giudiziale degli obiettivi del *trust* con altri mezzi giuridici, facendo leva ad esempio sulla figura del mandato ad amministrare senza rappresentanza, non è ammissibile, atteso che la *causa mandati* non giustifica l'effetto traslativo del diritto dal disponente al mandatario, per cui si avrebbe una inconcepibile incongruenza fra causa ed effetto del negozio (Trib. Belluno 25 settembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, 1688, con nota di A. Cacciatore, *Trust interno ed ammissibilità: una questione ancora controversa*).

(70) Nel contratto a favore di terzi (artt. 1411-1413 c.c.), un soggetto, che vi abbia interesse (stipulante) si accorda con un altro (promittente) per attribuire il diritto ad un terzo. Esempi se ne rinvengono nell'assicurazione sulla vita con indicazione di un beneficiario (art. 1920 c.c.), nel trasporto di cose (art. 1689 c.c.), dove l'accordo è tra mittente e vettore, ma da esso nascono diritti per il destinatario, nella rendita vitalizia costituita a favore di altri (art. 1875 c.c.). Il terzo acquista il diritto dal promittente (non dallo stipulante), e ciò fin dal momento della conclusione del contratto a suo favore (art. 1411, secondo comma c.c.); ma egli può rinunciarvi e lo stipulante può a sua volta revocare la stipulazione finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne profittare. Nel contratto a favore di terzo, quest'ultimo acquista il diritto dal promittente; nel *trust*, invece, il *beneficiary* acquista la proprietà al momento della costituzione del *trust* da parte del *settlor* e, quindi, direttamente da questo.

(71) Trib. Bologna 16 giugno 2003, in *Giur. it.*, 2004, 1191, ritiene inquadabile il *trust c.d. interno proprio nei patrimoni destinati* previsti dalla riforma del diritto societario. Altra giurisprudenza di merito evidenzia che il *trust* è compatibile con la disciplina concorsuale proprio in quanto non costituisca elusione della disciplina societaria ex art. 2447bis ss. c.c., perché in questo caso dovrebbe rendersi applicabile ex art. 13 della Convenzione dell'Aja la disciplina dei patrimoni destinati (Trib. Milano 17 luglio 2009 cit., 531 ss.).

nibilità del fiduciario, non sono suoi. Il diritto trasferito, non limitato nel suo contenuto, lo è invece nel suo esercizio, essendo finalizzato alla realizzazione degli interessi dei beneficiari. Nei patrimoni destinati, a differenza di ogni altra fattispecie derogatoria del sistema di cui all'art. 2740 c.c., si lascia alla società la discrezionalità nello stabilire se prevedere o meno la limitazione di responsabilità, ammettendo anche una responsabilità sussidiaria su base convenzionale del patrimonio generale per le obbligazioni delle singole *cellule*. E la segregazione funziona tuttavia solo se vengono rispettati, in fase genetica ed esecutiva, gli oneri informativi previsti dalla legge e la responsabilità non derivi da fatti illeciti *od abuso della separazione* (art. 2447^{ter}, lett. c c.c.). La scelta del legislatore di non attribuire alcuna autonomia od alterità soggettiva alla *funzionalizzazione* ad un affare rende assimilabile la destinazione alla costituzione di una causa di prelazione convenzionale, *una sorta di garanzia reale collettiva* (72). Secondo un ulteriore orientamento sarebbe, infine, il negozio fiduciario, pur non contemplato nel codice civile italiano, la realtà giuridica confrontabile con il *trust* (73), in virtù della comune *causa fiduciae* (74), come causa traslativa. Tale causa che determinerebbe l'effetto attributivo del *trust* sarebbe individuabile nella stessa costituzione dell'atto funzionale allo scopo perseguito (75). In realtà completamente diversa è la tutela accordata alle posizioni del fiduciante e del *beneficiary*, visto che il primo non è più proprietario e corre il rischio di non riottenere i beni dal fiduciario mentre il secondo è proprietario dei beni come dimostra il potere che ha di rivendicarli dai terzi (c.d. *tracing*). Peraltro anche se provato, il *pactum fiduciae* non è opponibile a chi abbia acquistato in buona fede dal fiduciario, e nemmeno ai creditori dello stesso (nei cui confronti, pertanto, siccome gravato da un mero obbligo di restituzione o di destinazione, il denunciante non ha che l'azione per risarcimento del danno).

9. La liceità e la meritevolezza nelle destinazioni *omnibus ex art. 2645^{ter} c.c.*

Altro percorso tentato dalla dottrina per ricondurre l'istituto nell'alveo dell'ordinamento italiano, è quello che muove dal rilievo secondo cui questo fenomeno consisterebbe in dichiarazioni di volontà dirette ad uno scopo determinato. Il *trust* potrebbe, anche per questa via, essere considerato un negozio giuridico atipico, purché diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento, nel rispetto dei limiti imposti dalla legge, come quelli

che ad esempio le procedure concorsuali per loro natura sottendono.

Questa impostazione si scontra innanzitutto con il fatto che l'art. 1322 c.c. riguarda negozi tra vivi (artt. 1323 e 1324 c.c.) per cui rimarrebbero fuori dalla previsione i *trusts* costituiti *mortis causa* (né è configurabile un testamento atipico). Inoltre, con riguardo allo sdoppiamento del diritto di proprietà, si ripropone la questione del *numerus clausus* dei diritti reali, per cui il *trust* rimarrebbe comunque inammissibile, *ex art. 1322*, secondo comma, ult. parte, anche come negozio giuridico atipico, in quanto diretto ad interessi non conformi all'ordinamento italiano ed anzi con esso contrastanti.

In terzo luogo, resta il nodo della integrazione della volontà delle parti che, nella loro autonomia, possono omettere uno o più elementi essenziali all'efficacia del negozio. Si pone in questo caso un problema di integrazione del negozio atipico, non riconducibile in alcuno degli schemi disciplinati espressamente dalla legge (76). Orbene, per il *trust* tale integrazione dovrebbe essere realizzata applicando la disciplina di un contratto tipico ad esso assimilabile, là dove nessuno dei contratti tipici è, come vi-

Note:

(72) Al riguardo mi permetto di rinviare a F. Fimmanò, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nelle società per azioni*, Milano, 2008, 15 s. Con riferimento alle procedure concorsuali non è certo applicabile la disciplina di cui all'art. 155 l.fall., che attribuisce la «gestione separata» al curatore fallimentare.

(73) Al riguardo C. Grassetti, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1936, 551; U. Morello, *Fiducia e trusts: due esperienze a confronto*, in *Fiducia, trust, mandato e agency*, Milano, 1991, 49; G. Ludica, *Fondazioni, fedecommeserie, trusts e trasmissioni della ricchezza familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, 82.

(74) C. Castronovo, *Trust e diritto civile italiano*, 1335; F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile*, 1254; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, 633. Si è autorevolmente affermato che la *causa fiduciae* è tale da far mutare radicalmente natura e fisionomia alla proprietà e agli altri diritti reali, per cui tali diritti sono fiduciari «si da doversi considerare come diritti diversi dai diritti correlativi ai quali non inerte la detta qualifica» (S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile, metodo teoria e pratica*, Milano, 1951, 277).

(75) In buona sostanza sussisterebbe una causa unitaria che regge sia la costituzione del *trust*, sia l'effetto traslativo dei beni (F. Di Ciommo, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale del trust interno*, in *Foro It.*, 2004, I, 1295).

(76) La previsione contenuta nell'art. 1323 c.c., di una parte generale relativa alla figura del contratto, è insufficiente per l'integrazione di una compiuta disciplina delle singole ipotesi contrattuali atipiche e ciò in quanto le norme generali nulla dicono in ordine alla disciplina speciale degli effetti contrattuali particolari. Il problema normativo dei negozi atipici viene risolto ricorrendo alla disciplina dei negozi tipici, individuando, cioè, tra le norme che ne disciplinano i relativi effetti, quelle che più si adattano al rapporto atipico. In tal senso, ai contratti atipici sarebbero applicabili *in via analogica* le disposizioni contemplate per altri negozi ad essi assimilabili per natura e funzione economico-sociale.

sto, idoneo all'uopo, anche in considerazione che l'istituto è per sua natura *multiforme e variabile* costituendo una forma a rilievo reale aperta (77).

Quello descritto è un percorso argomentativo che sposta il problema sulla valutazione della meritevolezza degli interessi per l'ordinamento giuridico senza limitarsi alla semplice definizione dello scopo, ma estendendo l'analisi al «programma» che si è prefissato il disponente nel momento in cui ha deciso di dar vita al *trust*.

Questa impostazione non è affatto avvalorata dall'introduzione nell'ordinamento dell'art. 2645ter c.c. (78). In realtà questa norma non muta il quadro di riferimento in quanto è diretta a risolvere la questione della trascrivibilità dei negozi di destinazione funzionali *alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela*, che comportano per loro natura il rilevante problema dell'opponibilità, rispetto ai terzi controinteressati, delle modificazioni delle situazioni giuridiche soggettive che generano.

Si è osservato che si tratta di una norma «sulla fattispecie» prima ancora che sulla pubblicità (79) che lascia, per quanto riguarda il *trust*, aperte le questioni non risolte neppure dalla copiosa giurisprudenza di merito (80) favorevole all'ammissibilità dello stesso (81).

In realtà, come si è autorevolmente osservato, l'art. 2645ter c.c. non comporta rispetto al tema in oggetto alcuna novità e «se qualcuno pensava di introdurre surrettiziamente un *trust* interno ha fatto qualcosa di radicalmente diverso» (82) anche perché la norma non contiene alcun riferimento all'affidamento gestorio (83).

La norma costituisce, a nostro avviso, una deroga al principio generale sancito nell'art. 1379 c.c. riguardante il divieto convenzionale di alienazione, che è valido purché limitato nel tempo e rispondente ad *un interesse apprezzabile* di una delle parti. Ed in questo senso l'atto di destinazione in esame deve riguardare interessi di *rango superiore alla mera liceità* (84), quali sono gli interessi *meritevoli* di tutela riferibili a persone con disabilità o alla pubblica amministrazione ovvero di analogo livello collegabili a fini, non specificamente prelezionati dalla legge, di utilità sociale o pubblica (85) (come d'altra parte possono essere quelli sottesi ad una procedura concorsuale).

L'atto di destinazione disciplinato dall'art. 2645ter c.c. produce effetti del tutto diversi da quelli del *trust* (86) e del negozio fiduciario (87), lasciando al

alla questione che ci occupa: P. Spada, *Articolazione del patrimonio da destinazione scritta*, in AA.VV., *Negozi di destinazione: percorso verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Roma, 2007, 120 ss.; A. Zoppini, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, *ibidem*, 337 ss.; U. La Porta, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645ter, c.c.*, in *Riv. not.*, 2008, 1067 ss.; AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007; B. Grasso, *L'art. 2645 ter c.c. e gli strumenti tradizionali di separazione dei patrimoni*, in *Riv. not.*, 2006, 1193 ss.

(79) F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645ter*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 166; R. Quadri, *L'art. 2645ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. Impr.*, 2006, 1729. In senso diverso Trib. Trieste 7 aprile 2006, in *Not.*, 2006, 539.

(80) Cfr. tra gli altri Trib. Bologna 28 aprile 2000, in *Trusts*, 2000, 372; Trib. Chieti 10 marzo 2000, *ibidem*, 372; Trib. Pisa 22 dicembre 2001, *ivi*, 2002, 241; Trib. Milano 29 ottobre 2002, *ivi*, 2003, 270; Trib. Verona 8 gennaio 2003, *ibidem*, 409; Trib. Parma 21 ottobre 2003, *ivi*, 2004, 73; Trib. Napoli 14 luglio 2004, in *Corr. merito*, 2005, 13; Trib. Milano 23 febbraio 2005, in *Riv. not.*, 2005, 850; Trib. Napoli 16 giugno 2005, in *InfoUtet*; Trib. Genova 14 marzo 2006, in *Nuova giur. civ.*, 2006, 1209; Trib. Reggio Emilia 14 luglio 2007, in *Giur. mer.*, 2008, 707; Trib. Orbetello 15 luglio 2008, *inedito*; Trib. Bologna 19 settembre 2008; Trib. Milano 16 giugno 2009, cit., 509 ss. Anche nel regime tavolare il provvedimento cita: Trib. Trento, sez. dist. Cavalese, 20 luglio 2004, in *Trusts*, 2004, 574; Trib. Trento, sez. dist. Cles, 7 aprile 2005, *ivi*, 2005, 406; Trib. Trieste 23 settembre 2005, in *Guida Dir.*, 2005, n. 41, 57; Trib. Trieste 7 aprile 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 1935.

(81) La giurisprudenza di legittimità non si è ancora espressa in tema. Nell'unico precedente, infatti, la Suprema Corte non affronta *ex professo* la questione, benché (nel risolvere una controversia tra genitori *trustees* in tema di *trust* familiare) affermi la piena legittimità dell'incarico al *trustee*, quale incarico che non si sostanzia e si esaurisce nel compimento di un singolo atto giuridico come nel mandato, bensì in un'attività multiforme e continua che deve essere sempre improntata a principi di correttezza e diligenza (Cass. 13 giugno 2008, n. 16022, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 78).

(82) P. Spada, *Articolazione del patrimonio da destinazione scritta*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 26.

(83) Affidamento gestorio che è invece uno degli elementi caratterizzanti il *trust* (M. Bianca, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. not.*, 2006, 1177). Tant'è che per ovviare al problema c'è chi ha proposto soluzioni tecniche, quale è ad esempio la stipula a *latere* di un contratto di mandato con rappresentanza ad un gestore che abbia l'incarico di vendere i beni e destinare il ricavato ai creditori concorsuali (F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645ter*, cit., 175).

(84) Al riguardo M. Bianca, *Il nuovo art. 2645-ter. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 187, riferito al Giudice tavolare di Trieste del 7 aprile 2006, che tuttavia in altro provvedimento successivo del 19 settembre 2007 ha chiarito che il giudizio di meritevolezza dovrebbe esser comunque considerato come limite esterno ad uno sconsiderato ingresso del *trust* nel nostro ordinamento.

(85) A. Luminoso, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645ter c.c.*, 2008, 1000 ss.

(86) La separazione realizzata a norma dell'art. 2645ter c.c., peraltro, non determina una segregazione bilaterale tra le diverse componenti del patrimonio visto che i creditori particolari possono agire anche sui beni del debitore liberi dal vincolo di destinazione (al riguardo G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 200 ss.).

(87) In tal senso financo M. Lupoi, *Gli «atti di destinazione» nel nuovo art. 2645ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, 472. D'altra parte è oggettivo che non via sia alcuna identità sostanziale tra la destinazione ed il rapporto fiduciario tra disponente e beneficiario.

Note:

(77) G. Rojas Elgueta, *Il rapporto tra l'art. 2645-ter e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2007, I, 195.

(78) Tra i numerosissimi contributi in tema, cfr. con riferimento

disponente la piena proprietà dei beni, vincolati ad uno scopo, ed attribuendo al beneficiario mere pretese di natura personale e non certo la titolarità di situazioni reali. La norma non introduce nuove forme di appartenenza di beni, ma di mera organizzazione del patrimonio del soggetto, consentendo la trascrizione di atti e non di diritti.

Anzi il necessario giudizio di meritevolezza, ben diverso dalla mera liceità degli interessi richiesta per l'ammissibilità del *trust* dalla Convenzione dell'Aja, potrebbe aver introdotto un ulteriore limite di ordine pubblico alla creazione convenzionale di patrimoni finalizzati (88), rendendo ancora più evidente l'inammissibilità del *trust* domestico.

In questo senso l'aver previsto espressamente una sorta di destinazione *omnibus* (89) per la realizzazione di interessi di livello più alto rispetto a quelli meramente leciti (90) potrebbe rappresentare una precisa scelta del legislatore di completare il sistema interno degli strumenti equipollenti al *trust* e lasciando sullo sfondo il solo modello del *trust internazionale*.

Una norma che peraltro si presta benissimo all'utilizzo nelle procedure concorsuali che sottendono interessi officiosi meritevoli di tutela.

10. Lo sdoppiamento della proprietà tra *legal estate* ed *equitable interests*

Restano dunque insormontabili per il *trust* domestico i principi che si oppongono allo *sdoppiamento del diritto di proprietà*, a prescindere dal fatto che venga perseguito uno scopo lecito o meno (91). Nessun problema osta invece alla riconoscibilità di un *trust* in cui i soggetti abbiano nazionalità straniera e i beni siano situati in Italia oppure in cui i soggetti abbiano nazionalità italiana e i beni siano situati all'estero. Qui, il dovere di riconoscimento deriva dall'adesione dell'Italia alla Convenzione, il cui ordine pubblico non fa alcuna questione sullo *sdoppiamento*.

L'ordine pubblico convenzionale opera su un piano diverso da quello dell'ordine pubblico interno rispetto al quale è autonomo, come pure riconosce e certifica la Convenzione (artt. 16 e 18). Pertanto l'adesione dell'Italia alla Convenzione comporta il suo dovere di riconoscere un *trust* «esterno» ma non anche il *trust* «interno» con il conseguente rischio che possa essere dichiarato inammissibile (92).

In realtà, v'è chi afferma che il principio del *numerus clausus*, riferito ai diritti reali, non sia effettivamente di ordine pubblico e non sottenda una istituzionale intutelabilità di quegli interessi al godimento od alla proprietà dei beni, che il legislatore ita-

liano non abbia espressamente e nominativamente previsto e riconosciuto (93).

Ma anche volendo seguire questa impostazione, resterebbe da chiedersi per quale motivo debba essere imitato un modello che, per i particolari e soprattutto irriproducibili rapporti che nei paesi di *common law* vengono a porsi «fra *legal estate* ed *equitable interests*, necessariamente inducono alla definitiva perdita del bene fin dal momento del suo affidamento al trustee, all'azionabilità in *personam* delle limitazioni, aventi carattere per lo più obbligatorio, del diritto formalmente riconosciuto in capo a quest'ultimo, nonché ad una tutela» molto attenuata del beneficiario privo di *ownership* in senso proprio (94). In buona sostanza non si può non prendere atto della mancanza di quell'apparato «rimediale» dell'*equity* che nella sostanza attribuisce effettività al *trust* (95).

E questa opinabile emulazione, eventualmente in contrasto con principi di ordine pubblico, avverrebbe là dove il nostro ordinamento è perfettamente in grado di attuare, anche alla luce dell'art. 2645ter

Note:

(88) In tal senso G. Doria, *Il patrimonio finalizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 515.

(89) P. Spada, *Articolazione del patrimonio*, cit., 21, secondo cui è stata introdotta una destinazione funzionale *omnibus*, capace di provocare separazione di quanto destinato, di sottrarlo all'azione esecutiva di una classe di creditori del debitore proprietario e funzionario. Sulla possibilità poi di concepire i negozi destinatari quali indici di circolazione al pari degli altri negozi attributivi U. La Porta, *La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, 154 ss.

(90) Sul rapporto tra liceità, meritevolezza e atipicità cfr. G. Doria, *Il patrimonio finalizzato*, cit., 526 ss.; G. Lener, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti reali*, in *Contr. Impr.*, 2008, 1054 ss.

(91) Per una critica al concetto di «sdoppiamento della proprietà» cfr. M. Bianca, *La fiducia attributiva*, Torino, 2001.

(92) D'altra parte il fulcro della problematica è connesso proprio alle speciali caratteristiche della Convenzione - che sono del tutto peculiari rispetto a quelle proprie delle convenzioni di diritto internazionale privato (cfr. L. Rovelli, *Diretta applicabilità della Convenzione dell'Aja e l'ammissibilità nell'ordinamento italiano dei «trust interni»*, in *Nds*, 2009, n. 12, 3 s.; G. Peroni, *La norma di cui all'art. 2645-ter: nuovi spunti di riflessione in tema di trust*, in *Dir. comm. int.*, 2006, 575).

(93) Sminuisce le ripercussioni del dogma del *numerus clausus* dei diritti reali sulla problematica della destinazione patrimoniale U. La Porta, *Destinazione dei beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1984, 81 ss.

(94) Così G. Palermo, *Contributo allo studio del trust*, cit., 400.

(95) M. Bianca, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. not.*, 2009, I, 575, che evidenzia la mancanza nel nostro sistema, a differenza del sistema di *common law*, di rimedi di carattere reale e recuperatorio che consentano di dare rilevanza esterna al rapporto di destinazione e in generale al rapporto fiduciario, rimedi che si rivelano determinanti nel caso di abuso di gestione.

c.c., mediante duttili schemi *autoctoni*, «(quelli in particolare, afferenti l'efficacia potenzialmente attribuita del negozio; la conferibilità al gestore di poteri sostanziali sul bene, estesi all'esercizio dell'attività dispositiva; il carattere reale dell'aspettativa riconoscibile in capo al beneficiario o ai beneficiari) tutte le finalità perseguite dal disponente» (96).

11. La liquidazione fallimentare mediante conferimento in una *newco* di scopo

Dunque bisogna ritenere, con tutti i dubbi che un problema tanto complesso comunque lascia, che il *trust* di diritto interno sia inammissibile o forse meglio *irriproducibile* nell'ordinamento, nel senso che in assenza di una precisa volontà normativa, non si può coltivarlo *in vitro*, in presenza di questioni tanto delicate nel rapporto tra *legal estate* ed *equitable interests*. Il silenzio del legislatore va interpretato come scelta di ricorrere a *soluzioni interne*, anche di *secondo grado* mediante la entificazione del patrimonio da segregare, come avvenuto ad esempio nell'attuazione della XII direttiva di armonizzazione del diritto societario. E ciò è accaduto anche con la riforma della legge fallimentare, là dove il legislatore invece di prevedere lo strumento del *trust* ha dettato norme quali l'ottavo comma dell'art. 105 l.fall., secondo cui «il curatore può procedere alla liquidazione anche mediante il conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione, dell'azienda o di rami della stessa, ovvero di beni o crediti, con i relativi rapporti contrattuali in corso, esclusa la responsabilità dell'alienante ai sensi dell'art. 2560 del codice civile ed osservate le disposizioni inderogabili contenute nella presente Sezione. Sono salve le diverse disposizioni previste in leggi speciali».

La norma in esame può essere combinata con il disposto dell'art. 106 (Vendita dei crediti, dei diritti e delle quote, delle azioni, mandato a riscuotere) che, al primo comma, sancisce che «Il curatore può cedere i crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri, anche se oggetto di contestazione; può altresì cedere le azioni revocatorie concorsuali, se i relativi giudizi sono già pendenti». I crediti e soprattutto le azioni revocatorie potrebbero essere oggetto di conferimento in società, anche in funzione di un concordato fallimentare (97), pervenendo ad un risultato certamente più agevole e meno problematico della costituzione di un *trust*.

E visto che il termine *liquidazione* comprende anche la fase di *gestione produttiva* e conservativa del patrimonio propeudica alla stessa e perciò non vi sono controindicazioni ad utilizzare un veicolo funzionale alla successiva vendita per finalità gestorie prepa-

ratorie e propeudiche alla più proficua realizzazione della stessa (98).

Al fine poi di evitare che la gestione dell'attivo conferito nella società appositamente costituita dal curatore possa produrre danni alla massa dei creditori generali della procedura in virtù del depauperamento delle quote di partecipazione, è ipotizzabile che la liquidazione riallocativa mediante conferimento venga realizzata attraverso l'istituzione di un patrimonio destinato della *newco* il cui affare specifico sia proprio la gestione endonconcorsuale dell'impresa propeudica alla cessione od all'assegnazione delle partecipazioni ai creditori (99). In modo da ottenere

Note:

(96) G. Palermo, *Contributo allo studio del trust*, cit., 401. Nello stesso senso si è rilevato che se un *trust* interno è ammissibile soltanto nella misura in cui sia conseguibile un *trust* di diritto italiano, allora davvero non si comprende perché mai si debba prescegliere la via, che si è visto essere impervia e per molti versi incerta, del diritto straniero, quando ci si può avvalere ben più tranquillamente del noto strumentario del diritto domestico (C. Caccavale, *Il trust nella prospettiva notarile*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 13).

(97) L'art. 124, quarto comma, parte prima l.fall., prevede che «La proposta presentata da un terzo può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare, anche delle azioni di pertinenza della massa, purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa».

(98) Le ragioni economiche di una scelta di questo tipo possono risiedere nella riduzione dei costi di transazione e nelle normali *controindicazioni* all'esercizio provvisorio ed all'affitto. La segregazione attuata con la costituzione di un apposito veicolo societario evita le potenziali conseguenze negative derivanti dall'assunzione di debiti in prededuzione che potrebbero, nel caso in cui l'attività economica gestita dal curatore andasse male, pregiudicare in modo irreversibile la massa. Dall'altro lato l'affitto può presentare l'oggettivo svantaggio che l'affittuario (in linea di principio) non ha in genere particolare interesse a valorizzare l'azienda, anzi ha un potenziale interesse a deprimere il valore, in modo da evitare che il prezzo di vendita lievitasse troppo in relazione ad una procedura competitiva alla quale comunque è rimessa la liquidazione anche nel caso in cui gli venga riconosciuto il diritto di prelazione in via convenzionale, prelazione che comunque rimane un mero diritto ad essere preferito a parità di condizioni (F. Fimmanò, *La vendita fallimentare*, cit., 578 s. Altri rischi per la curatela possono derivare dalla omissione da parte dell'affittuario dei necessari interventi di manutenzione, dall'illecita utilizzazione di marchi e brevetti, dal ricorso a pratiche di storno della clientela (cfr. L. Panzani, *Affitto di azienda e procedure diverse dall'amministrazione straordinaria*, in questa *Rivista*, 1998, 449). Inoltre la gestione mediante una società direttamente controllata consente quegli interventi per così dire «autoritativi», fino ad arrivare all'interruzione nei casi in cui la prosecuzione si presenti dannosa per i creditori o per la vendita, che in caso di affitto non è possibile obbligando gli organi a ricorrere all'autorità giudiziaria in sede contenziosa. Rispetto alla gestione sostitutiva, inoltre, il conferimento in una *newco* agevola sensibilmente la possibilità di finanziare l'attività di impresa o comunque di avere credito dai fornitori, incentivati altrimenti dalla sola collocazione in prededuzione ex art. 104, ottavo comma l.fall., in un contesto tipicamente caratterizzato dalla carenza di liquidità della procedura.

(99) Sul tema specifico dell'uso dei patrimoni destinati nelle procedure concorsuali cfr. G. Guizzi, *Patrimoni destinati e crisi societarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 773; F. Fimmanò, *Patrimoni*, cit., 343 s.

una segregazione nella segregazione e limitare i rischi per la massa derivanti dal cattivo andamento dell'attività d'impresa. Nella cellula verrebbero destinati, nei limiti del 10% del patrimonio netto della società ed in mero godimento provvisorio, le componenti strettamente funzionali alla gestione propedeutica alla realizzazione del concordato straordinario mediante assegnazione di titoli ai creditori.

La liquidazione mediante conferimento comporta la sottrazione dei beni e rapporti conferiti alla garanzia patrimoniale dei creditori concorsuali e la destinazione, per effetto della segregazione societaria, alla soddisfazione dei creditori sociali della *newco*. Tuttavia ciò determina la sostituzione della garanzia rappresentata dai cespiti con quella rappresentata dalle quote, ed al rischio di impresa rimane esposto quella parte dell'attivo conferito, isolato dai debiti precedenti alla dichiarazione di fallimento (100), e non tutto il patrimonio come accade con l'esercizio provvisorio. Il rischio per la massa muta in rischio di depauperamento del valore delle quote, con il vantaggio comparativo della netta separazione delle masse. Questo veicolo può essere utilizzato anche per realizzare un concordato fallimentare che possiamo definire per *partenogenesi* in cui la procedura si chiude mediante l'assegnazione delle quote o di strumenti partecipativi ai creditori secondo percentuali differenziate di *conversione*, determinate prendendo a riferimento il rapporto tra massa attiva e massa passiva della società debitrice o meglio ancora del rapporto fra il *going concern value* e il *liquidation value* dell'impresa (101).

12. La soluzione societaria come garanzia concordataria conforme all'ordinamento

Tutte le considerazioni svolte valgono anche per i c.d. *trust solutori* e che possono riguardare sia l'adempimento di obbligazioni legali che contrattuali, e per i c.d. *trusts con funzioni di garanzia*. In particolare questi ultimi possono presentarsi in forme particolarmente variegata sia per struttura che per contenuto e pur svolgendo una funzione analoga alle tradizionali cause di prelazione prevedono un assetto di interessi del tutto diverso, anche rispetto alle c.d. *garanzie atipiche*.

Abbiamo detto ad esempio che nel caso del concordato preventivo il problema fondamentale è rappresentato dalla difficoltà di costituire un vincolo sui beni personali dei terzi che si rendano garanti dell'adempimento della proposta mettendo a disposizione il proprio patrimonio (102).

Anche in questo caso occorre trovare nell'ordinamento lo strumento adatto alla soluzione di queste specifiche esigenze (103). Si tenga conto che la

prestazione di una garanzia reale ovvero la trascrizione di una apposita destinazione su beni da parte di un terzo a norma dell'art. 2645^{ter} c.c. (104) non assicura un livello di effettività dell'adempimento delle obbligazioni concordatarie pari alla nomina del commissario giudiziale o di soggetto indicato dagli organi della procedura a *trustee*. Quanto, invece, all'istituzione di un patrimonio destinato da parte di una eventuale società per azioni garante, si pone il problema della compatibilità dell'operazione con l'ambito operativo della nozione di «specifico affare», a parte il non trascurabile limite quantitativo del 10% del patrimonio netto (105).

Note:

(100) L. Stanghellini, *La crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 294.

(101) F. Fimmanò, *Il concordato straordinario*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 992 s.

(102) Si tratta infatti di soggetti diversi dal debitore proponente, sì che i vincoli previsti dall'art. 168 l.fall., non possono trovare applicazione. Nello stesso tempo il patrimonio non viene normalmente messo a disposizione attraverso la costituzione di una garanzia reale a favore della massa dei creditori, sì che è ben possibile che in pendenza del concordato e prima della sua omologazione, i creditori personali del terzo possano agire a tutela dei loro crediti, vanificando di fatto la messa a disposizione dei beni a favore dei creditori concordatari.

(103) G. Palermo, *Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 138.

(104) Soluzione che abbiamo già avuto modo di ritenere comunque più conforme al sistema della costituzione di una garanzia reale e del *trust* (al riguardo F. Fimmanò, *Il trust a garanzia del concordato preventivo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 90; e nello stesso senso A. Caprioli, *Assunzione del concordato preventivo da parte di società controllante, costituzione di trust e tutela dei creditori personali dell'assuntore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 103; F. Ragonese, *Il piano del concordato preventivo con messa a disposizione di beni dei terzi: profili negoziali e notarili*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, III, 1633 ss.).

(105) Cfr. al riguardo F. Fimmanò, *Patrimoni*, cit., 65 ss.; Id., *Le destinazioni industriali dei patrimoni sociali*, in *Riv. dir. priv.*, 829 ss. Invero il termine generico *affare* è sprovvisto di una sua precisa tipicità terminologica sul piano dell'ordinamento 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 *Foro it. Mass.*, 2002). È 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 *Società*, 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.

In realtà, se la soluzione preferibile nel fallimento è la liquidazione mediante conferimento in un veicolo espressamente prevista dalla legge, nel concordato preventivo la soluzione equipollente pare ancora una volta quella di secondo grado consistente nella costituzione di una società di capitali di scopo (o la scissione parziale di una controllata), accompagnata eventualmente dall'istituzione di un patrimonio destinato per lo specifico affare (106).

Il concordato può efficacemente essere garantito mediante il conferimento dei beni in una *newco*, appositamente costituita dal terzo (o gemmata mediante una scissione parziale), avente ad oggetto l'esecuzione della procedura concorsuale, i cui organi amministrativi e di controllo possono essere designati - così come avviene nella prassi per il trustee - dal tribunale fallimentare (107).

Il tutto completato dalla concessione di un pegno sulle quote od azioni della società-veicolo, a favore della società ammessa al concordato con diritto di voto. In questo modo le sorti della società veicolo rimangono indissolubilmente legate a quella della società debitrice, per il caso di inadempimento delle obbligazioni assunte in ordine alla esecuzione del concordato, non potendo agli stessi beni conferiti estendersi gli effetti conservativi degli artt. 167 e 168 l.fall. (norme per natura devolute alla conservazione del solo patrimonio concordatario) (108). Per la giurisprudenza di legittimità, infatti, la pubblicità del decreto di ammissione alla procedura non ha efficacia costitutiva e non condiziona gli effetti del concordato, che tanto più non possono prodursi sul patrimonio del terzo che ha offerto le garanzie (109).

Invero, la Suprema Corte aveva affermato che nel concordato preventivo i beni oggetto di cessione da parte del terzo risultano vincolati alla procedura secondo la disciplina dettata dall'art. 168 l.fall., negando di conseguenza al creditore pignoratorio (indipendentemente dalla figura del *trust* all'epoca inapplicabile) il diritto di realizzare la garanzia ai sensi dell'art. 53 l.fall. e di avvalersi delle norme generali dettate in materia di pegno (110).

La stessa Cassazione ha poi affermato un principio diverso secondo cui «il divieto per i creditori, disposto dall'art. 168, primo comma l.fall., di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore, e quindi di realizzare il diritto di pegno, «dalla data della presentazione del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo e fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione», non è estensibile al creditore titolare del diritto di pegno su bene oggetto della cessione offerta da un terzo» (111).

La costituzione di una apposita società di capitali garante (anche mediante una scissione parziale) su-

pera evidentemente ogni criticità che viceversa si riproporrebbe, alla luce dei contrastanti orientamenti, con l'istituzione del *trust*, con la costituzione di una garanzia reale o con l'iscrizione di un vincolo di destinazione.

La società di scopo realizza infatti una segregazione piena e si pone comunque come soggetto terzo *avente causa* cui sono stati conferiti i beni che garantiscono l'esecuzione del concordato.

Tali beni, entrando a far parte del patrimonio di una persona giuridica diversa con autonomia patrimoniale perfetta rispetto al terzo garante (avente come oggetto sociale lo scopo di garantire l'esecuzione della proposta concordataria e se del caso amministrata da soggetti indicati dal tribunale), non sono aggredibili per debiti pregressi, a prescindere dall'applicazione delle norme in tema di concordato. Né è immaginabile una revocatoria dei conferimenti per la mancanza dei presupposti (112), spe-

Note:

(106) Al riguardo G. Guizzi, *Patrimoni destinati e crisi societarie*, cit., 773.

(107) Nella prassi giurisprudenziale trustee è stato nominato talvolta il commissario (Trib. Parma 3 marzo 2005, cit. 553), talaltra il liquidatore giudiziale (Trib. Mondovì 16 settembre 2005, cit., 1 s.; Trib. Napoli 19 novembre 2008, cit., 325), laddove al commissario è stata in questi ultimi casi riservata la funzione, forse più adatta, di *protector* o *guardian*.

(108) L. Panzani, *Trust e concordato preventivo*, cit., 558, analizza ad esempio il *trust* costituito per garantire l'esecuzione di un concordato e ritenuto legittimo dal Tribunale di Parma.

(109) Anche se è stato ricordato che diverso è il caso in cui il terzo sottoscrive assieme al debitore la proposta di concordato preventivo e questa sia omologata, perché gli effetti della sentenza potrebbero rendere definitivamente acquisiti alla procedura i beni offerti dal terzo (G. Lo Cascio, *Proposta di concordato preventivo mediante trust*, in questa *Rivista*, 2009, 340).

(110) Cass. 11 maggio 1978 n. 2295, in *Foro It.*, 1978, I, 2452, che in verità finisce con l'affermare l'efficacia della cessione dei beni effettuata dal terzo senza entrare specificamente nella questione di merito dell'applicabilità dell'art. 168 l.fall. e del divieto di azioni esecutive individuali.

(111) Cass. 8 luglio 1998, n. 6671, in questa *Rivista*, 1999, n. 406, con nota di G. Lo Cascio, *Sulla procedibilità delle azioni esecutive individuali sui beni offerti dal terzo*. *Contra* Cass. 16 aprile 1996, n. 3588, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2247. In tema cfr. pure P.F. Censoni, *Commento all'art. 168 l.fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*. *Commentario*, diretto da A. Jorio, II, Bologna, 2007, 2421.

(112) Sul tema della revocatoria dei conferimenti cfr. Portale, *La mancata attuazione del conferimento in natura*, in *Trattato Colombo-Portale*, 1***, Torino, 2004, 641 ss.; S. Di Amato, *Sull'esasperabilità dell'azione revocatoria del conferimento sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 391; A. Niutta, *La revocabilità dei conferimenti nelle società per azioni*, in *Dir. fall.*, 1993, II, 617; G. Filippello, *Revocabilità del conferimento in società*, in *Giur. merito*, 1990, I, 548. Si è affermato che l'apporto in società, in quanto attribuzione patrimoniale compiuta in vista del conseguimento di un'utilità compensativa e che si inserisce in un rapporto obbligatorio dotato di corresponsività, sia pure eventuale e differita, si presenta come una fattispecie tipica rispetto all'archetipo nego-
(segue)

cie in considerazione della circostanza in cui gli stessi vengono effettuati (113).

Quanto agli eventuali debiti che potrebbero sorgere dopo la costituzione della *newco* e che per l'effetto potrebbero depauperare la garanzia proposta, è sufficiente che la società sia di mero scopo e non svolga alcuna attività economica o, se del caso, che la svolga mediante l'istituzione di un patrimonio destinato allo specifico affare che produca una segregazione nella segregazione (114), senza possibilità per i creditori particolari di aggredire il patrimonio generale posto a garanzia del concordato.

Note:

(segue nota 112)

ziale assunto dal legislatore nel codice e nella legge fallimentare. Si è escluso che il corrispettivo del conferimento consista nell'acquisto della partecipazione in base a due sostanziali motivi. In primo luogo perché la partecipazione non rappresenterebbe un'utilità ricevuta a fronte della prestazione, svolgendo la stessa una funzione prettamente rappresentativa del capitale sociale. Il secondo motivo consiste nella circostanza per la quale la partecipazione non assumerebbe un «autonomo valore» qua-

le bene trasferibile a terzi, poiché il suo eventuale smobilizzo produrrebbe solo l'effetto di una sostituzione soggettiva nel rapporto con l'ente (F.S. Martorano, *La revocatoria dei conferimenti nelle società di capitali*, Milano, 2000, 42). L'opinione non è condivisa da N. Rocco di Torrepadula, *Partecipazione in società e revocatoria*, Milano, 2001, 98, n. 104, il quale sostiene, quanto al primo motivo, che se appare evidente che la partecipazione del socio sia un elemento rappresentativo, ciononostante è altrettanto evidente che tale rappresentatività sia densa di contenuti. Non bisogna dimenticare che nella partecipazione sono racchiusi autonomi diritti (e doveri). Quanto al secondo motivo, occorre osservare che il trasferimento della partecipazione è un evento che trova la sua ragion d'essere nella presenza di autonomi diritti. Vista sotto il profilo economico, infatti, la cessione di azioni o quote configura un passaggio di valori.

(113) R. Rosapepe, *Il fallimento*, in AA.VV., *Diritto fallimentare (Manuale breve)*, Milano, 2008 252 (il quale rileva che l'esenzione di cui all'art. 67, terzo comma, lett. e l.fall. riguarda tutte le garanzie, anche quelle concesse da terzi, tenuto conto della diversa formulazione della lett. d dello stesso terzo comma, dove si fa espresso riferimento alle garanzie concesse su beni del debitore). *Contra* A. Caprioli, *Assunzione del concordato preventivo*, cit., 106 (secondo cui l'interesse alla conservazione della garanzia patrimoniale dei creditori dei terzi estranei alla crisi d'impresa non può essere pregiudicato da un accordo *inter alios*, per il cui perfezionamento non è richiesta una loro manifestazione di volontà).

(114) L'argomento più in generale è sviluppato in F. Fimmanò, *L'allocatione efficiente dell'impresa in crisi*, cit., 150 s.

il Fallimento

e le altre procedure concorsuali

Mensile di giurisprudenza e dottrina

REDAZIONE

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati scrivere o telefonare a:

IPSOA Redazione **il Fallimento**
e le altre procedure concorsuali
Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.015 - telefax (02) 82476.055
www.fallimentonline.it
e-mail: redazione.fallimento.ipsoa@wki.it

AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.
scrivere o telefonare a:

IPSOA Servizio Clienti
Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799
Servizio risposta automatica:
telefono (02) 82476.999

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)

INDIRIZZO INTERNET

Comprensiva nel prezzo dell'abbonamento l'estensione on line della Rivista, consultabile all'indirizzo www.ipsoa.it/fallimento

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Ines Attorresi, Chiara Casali, Veronica Lodato,
Greta Pizzocri

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOPOSIZIONE

ABCompos s.r.l.
20089 Rozzano (MI) - Via Pavese 1/3 - Tel. 02/
57789422

PUBBLICITÀ:

dbConsulting
EVENTS & ADVERTISING
db Consulting srl Event & Advertising
via Leopoldo Gasparotto 168 - 21100 Varese
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.it

STAMPA

GECA s.p.a. - Via Magellano, 11
20090 Cesano Boscone (MI)

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 10
dell'8 gennaio 1979

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in
abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27
febbraio 2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori 20090 Assago (MI). Servizio Clienti: tel. 02 824761 - e-mail: servizioclienti.ipsoa@wki.it - www.ipsoa.it/servizioclienti

ITALIA

Abbonamento annuale: € 224,00
Abbonamento annuale + Quaderni: € 295,00
Abbonamento annuale + codici legali: € 289,00

ESTERO

Abbonamento annuale: € 448,00

MAGISTRATI e EDITORI GIUDIZIARI - sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsoa di zona (www.ipsoa.it/agenzie) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia s.r.l., Strada 1 Pal. F6, 20090 Milanofiori Assago (MI) o via fax al n. 02-82476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02-82476794.
Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI s.r.l. Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento

Prezzo copia: € 21,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

Sono disponibili le annate arretrate rilegate al prezzo di € 215,00

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio abbonato,

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milanofiori, Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI).