

Trust e diritto delle imprese in crisi

SOMMARIO: 1. *Trust* in funzione protettiva del patrimonio del debitore e concorso dei creditori. – 2. Il *Trust* nelle liquidazioni volontarie, nei piani di risanamento e negli accordi di ristrutturazione dei debiti. – 3. La protezione temporanea e cautelare prevista dal nuovo articolo 182 bis l. fall. - 4. La segregazione dei beni nel concordato preventivo. – 5. Il *Trust* nel fallimento. - 6. La protezione dei creditori nella Convenzione dell'Aja. - 7. I rimedi revocatori. - 8. *Trust* interno ed internazionale. - 9. La *inimitabilità* dell'istituto nell'ordinamento giuridico italiano. - 10. L'applicazione analogica di istituti di diritto interno. - 11. Il contratto fiduciario. - 12. La liceità e la meritevolezza nelle destinazioni *omnibus* di cui all'art. 2645 *ter* c.c. - 13. Lo sdoppiamento del diritto di proprietà tra *legal estate* ed *equitable interests*. - 14. La costituzione di una *newco* di scopo funzionale alla liquidazione fallimentare. - 15. Il conferimento in una società terza come forma di garanzia concordataria.

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

Ciò 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 e che ad un soggetto naturalistico¹.

Si tratta del frutto 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 giudiziale², 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'intestazione 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

¹ Così SALAMONE, *Sui patrimoni destinati a specifici affari*, in AA.VV., *Profili patrimoniali e finanziari della riforma*, Atti del Convegno di Cassino, 9 ottobre, 2003, a cura di MONTAGNANI, Milano 2004, 99. Cfr. inoltre nell'ampissima letteratura tra gli altri STELLA RICHTER, *Il "trust" nel diritto italiano delle società*, in questa *Rivista*, 1998, I, 477 ss.; LUPOI, *Trusts*, Milano 2001; ID., *Aspetti gestori e dominicali, segregazione: "trust" e istituti civilistici*, 1998, I, 3391; GAMBARO, *Trust*, voce in *Digesto IV, sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 449.

² FRANCESCHELLI, *Il «trust» nel diritto inglese*, Padova, 1935, 138; CHESHIRE, *Il concetto di Trust secondo la Common Law inglese*, Milano, 1993; BUSATO, *La figura del Trust negli ordinamenti di Common Law e di diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 309; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano 1995, 647 ss.

nei confronti del *trustee* e tale posizione soggettiva implichi il diritto di ottenere il capitale del *trust*.

Per quanto riguarda il *trust* in funzione *protettiva* del patrimonio, questo realizza, mediante un rapporto di natura fiduciaria, un trasferimento o una destinazione di proprietà, a cui è connesso l'obbligo del *trustee* 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. Il disponente può disporre *anche verso se stesso* oltre che trasferire i beni al fiduciario, il quale ne diventa titolare legale a tutti gli effetti, anche se rimangono segregati nel suo patrimonio a vantaggio di eventuali beneficiari.

Si è affermato in giurisprudenza, con riferimento all'utilizzo dell'istituto 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 istitutivo³.

Il fenomeno, dunque, per sua natura si incrocia (o si scontra a seconda dei casi) con i due capisaldi, almeno tendenziali, del diritto delle imprese in crisi: il divieto di azioni esecutive individuali e la *par condicio creditorum*⁴.

Il *trust* può infatti essere utilizzato come strumento al servizio delle procedure concorsuali al fine di garantire nell'avvio o nell'esecuzione delle stesse la conservazione dinamica delle masse o può costituire uno strumento preventivo di protezione patrimoniale di masse separate appartenenti od appartenute a soggetti insolventi.

2. Negli ultimi anni si è registrato un crescente utilizzo del *trust* nel diritto delle imprese in crisi, come tecnica 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 preventivi e fallimentari.

Tuttavia si è immaginato l'uso del *trust* anche nelle liquidazioni volontarie, nei piani di risanamento e negli *accordi di ristrutturazione dei debiti* di cui all'art. 182 *bis*, l. fall., come strumento funzionale al controllo dei modi e dei tempi di preparazione ed esecuzione delle operazioni oltre che per aumentarne il livello di trasparenza, così da ridurre il rischio che i creditori meglio organizzati entrino in conflitto con il debitore al

³ Trib. Napoli 19 novembre 2008, in *Fallimento*, 2009, 325.

⁴ Si è tuttavia rilevato che nel moderno diritto della crisi di impresa, la regola secondo cui tutti i creditori hanno pari diritto sul patrimonio del comune debitore deve essere intesa con una certa elasticità, considerato che esistono, infatti, varie possibilità di creare patrimoni separati, dissociandone il numero da quello dei soggetti giuridici che ne sono titolari. L'autonomia negoziale può ridurre l'impatto della *par condicio creditorum* escludendo convenzionalmente alcuni pagamenti dall'area di quelli revocabili, mediante piani attestati ex art. 67, comma 3, lett. d, l.fall., o concordati ed accordi di ristrutturazione ex art. 67, comma 3, lett. e, l.fall.; ovvero può prevedere trattamenti differenziati dei creditori di pari grado suddividendoli in classi nell'ambito delle proposte di concordato fallimentare e preventivo ex artt. 124, comma 2, lett. b, e 160, comma 1, lett. c, l.fall. (D'ARRIGO, *L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, in Aa. Vv., *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, a cura di Di Marzio, Padova, 2010 452).

fine di indirizzare la liquidazione, il risanamento o la ristrutturazione verso un risultato espropriativo delle ragioni di quelli estranei alla “direzione” dell’operazione⁵.

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»⁶.

D’altra parte le procedure concorsuali sono dirette, sul piano economico, a risolvere i problemi connessi all’azione collettiva⁷, in quanto impediscono le azioni espropriative e cautelari dei singoli creditori che produrrebbero altrimenti effetti distruttivi per l’impresa in *default*⁸.

Ci si è chiesto innanzitutto se un imprenditore illiquido ma sufficientemente patrimonializzato possa prevenire un’istanza di fallimento, o resistere alla stessa, destinando tutti i suoi beni (o comunque una parte di essi di valore superiore ai debiti) al pagamento dei creditori mediante l’istituzione di un *trust*⁹. In realtà l’istituto non ha effetti solutori, ma tutt’al più uno scopo solutorio o liberatorio, che tuttavia potrà dirsi realizzato solo in un secondo momento, mediante l’azione del *trustee*. Peraltro, se pure si volesse assegnare “valenza sostanzialmente solutoria all’istituzione del *trust*, non si potrebbe comunque sfuggire alla constatazione che questo non è un mezzo normale o regolare di adempimento”¹⁰. Ancora meno senso avrebbe la tecnica per le società in

⁵ ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell’insolvenza di cui all’art. 182 bis L.F.*, in *Fallimento*, 2007, 595 s.;

⁶ 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. 182 bis l.f., 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.

⁷ AGHION, *Bankruptcy and its reform*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Newman ed., London, vol 1, 145 s.

⁸ JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy law*, Harvard University press, Cambridge, Mass. - Londra 1986, secondo cui obiettivo primario del diritto delle imprese in crisi è quello di impedire una corsa distruttiva ai beni del debitore.

⁹ Al riguardo D’Arrigo, *op. cit.*, 455 (il quale ne evidenzia le similitudini con la tradizionale *cessio bonorum* ex artt.1977 ss. c.c. differenziandosene perché l’operazione non avrebbe natura contrattuale, ma unilaterale, e quindi potrebbe essere posta in essere dal debitore a prescindere dall’assenso dei creditori ed anzi “contro” di loro, per difendersi dall’eventuale istanza di fallimento. In entrambi i casi, però, la cessione sarebbe fatta *pro solvendo*, col conseguente diritto dell’istituente a trattenere per sé quanto eventualmente sopravvanzato al pagamento dei creditori e di questi ultimi a pretendere l’integrale soddisfazione nel caso opposto in cui il risultato della liquidazione non sia sufficiente. Il debitore, inoltre, perde la disponibilità dei beni ceduti, conservando al più un controllo sulla loro gestione. Diritto al controllo che nella *cessio bonorum* è effetto naturale del contratto ex art. 1983 c.c.. Lo statuto del trust potrebbe introdurre poi ulteriori differenze, regolamentando le modalità di gestione del patrimonio del debitore da parte del ceto creditorio in modo diverso da come previsto nel codice civile per la *cessio bonorum*; regolamentando in modo atipico gli effetti della segregazione nei confronti dei creditori anteriori e successivi all’istituzione del trust; derogando alla disciplina legale dell’annullamento e della risoluzione).

¹⁰ Così D’Arrigo, *op. cit.*, 456, per il quale tuttavia se, mediante l’istituzione di un *trust*, si dimostra la capacità dell’istituente di pagare i tutti debiti scaduti nell’arco di dodici mesi, dovrebbe ritenersi acquisita la prova della transitorietà della situazione di illiquidità e pertanto andrebbe denegato lo stato di insolvenza. Ma, se le attività liquidatorie delegate al *trustee* sono tali da doversi necessariamente protrarre per un tempo indeterminato o comunque superiore ai dodici mesi, il vincolo di destinazione non vale di per sé ad escludere lo stato di insolvenza del debitore strutturalmente incapace di pagare con regolarità i creditori. V’è chi invece afferma che la presenza di un *trust* che assicuri il risanamento dell’impresa esclude, di per

liquidazione (per le quali la nozione di insolvenza è diversa dal momento che non si propongono di tornare sul mercato, ma solo di definire i rapporti pendenti) in quanto il suo scopo si andrebbe interamente a sovrapporre a quello della società istitutrice ed al cui raggiungimento sono obbligati istituzionalmente i liquidatori.

In realtà l'istituto potrebbe servire in particolare a "coprire" quella fase delicata delle trattative funzionali alla conclusione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis l. fall.*, diretto ad evitare la dichiarazione di fallimento, visto che fino alla sua pubblicazione non si produce, o meglio non si produceva, alcuno degli effetti protettivi previsti dalla legge¹¹. E comunque una delle criticità ravvisate nella disciplina sta nella breve durata della sospensione (o temporanea improcedibilità) delle azioni esecutive, visto che trascorsi sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo, i creditori estranei possono aggredire esecutivamente il patrimonio del debitore, mettendo a repentaglio la buona riuscita dell'operazione di risanamento.

Il *trust* diverrebbe così una via, su base privatistica, per garantire una protezione immediata già nella fase delle trattative sul modello statunitense del cd. "*automatic stay*", efficace non appena presentata la domanda di ammissione alla procedura di *reorganization*¹². Inoltre la tecnica consentirebbe di segregare una parte del patrimonio del debitore proponente, destinandolo in via esclusiva al soddisfacimento dei creditori aderenti e sottraendolo all'aggressione di quelli estranei (*free riders*) in modo duraturo, anziché limitatamente a soli sessanta giorni dalla pubblicazione. Per l'effetto i creditori estranei potrebbero agire sui residui beni del debitore, che del resto dovrebbero – quale condizione essenziale per l'omologazione – essere di valore sufficiente¹³.

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 giudiziale¹⁴.

Ma anche in questo caso il problema sarebbe l'emersione di una modifica di fatto della disciplina legislativa di cui all'art. 182 *bis*, l. fall., con l'introduzione di un blocco

sé, lo stato di insolvenza (Greco, *Il trust quale strumento di soluzione e prevenzione della crisi d'impresa nella riforma delle procedure concorsuali*, cit., 219).

¹¹ 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 (SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 339). In tema cfr. pure PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit.cred.*, 2006, I, 21 s.

¹² Al riguardo cfr. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla "reorganization"*, in *Foro it.* 2006, I, 263; DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la "meno incerta" via italiana alla "reorganization"?*, in *Foro it.* 2006, I, 703; SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. Dir. civ.* 2009, 337.

¹³ In questo modo si eviterebbe anche il *vulnus* alla *par condicio creditorum*, proprio perché le ragioni dei creditori estranei non sarebbero in alcun modo pregiudicate (Rovelli, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l.f.*, cit., 402).

¹⁴ In questa logica la giurisprudenza ha affermato che deve essere dichiarato nullo ai sensi degli artt. 1418 cod. civ. 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 legge fall.*, abbia segregato l'intero patrimonio aziendale, poiché le regole pubblicistiche che presiedono 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. 182 bis l.f.*, 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)

definitivo delle azioni esecutive individuali laddove il legislatore ne prevede una sospensione di durata limitata nel tempo e comunque non automatica¹⁵.

Si corre, infatti, il concreto rischio che una operazione di questo tipo, formalmente finalizzata a tutelare i creditori, rappresenti al contrario una forma di liquidazione atipica diretta in realtà alla sottrazione dei beni sociali rispetto al loro impiego e finalità di regolazione dei debiti¹⁶. E ciò avverrebbe anche se si utilizzassero strumenti negoziali “domestici”, come la destinazione *omnibus ex art. 2645 ter c.c.* di cui parleremo più innanzi, in modo da ottenere risultati che il legislatore riconnette solo all’avvio di procedure tipiche (come la domanda di concordato preventivo).

L’atipicità della costruzione potrebbe in questa logica configurare un contegno indiretto in frode alla legge, oltre che ai creditori, e comunque non meritevole di tutela¹⁷. A tal fine, anche quella giurisprudenza che riconosce l’ammissibilità del *trust* liquidatorio, rileva che per armonizzarsi con l’art. 15 della Convenzione dell’Aja, l’atto

¹⁵ In tal senso ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Fallimento*, 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).

¹⁶ 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-distrattazione 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).

¹⁷ Nel nostro stesso senso Trib. Milano, 16 giugno 2009 (in *Trusts*, 2009, 533; in *Dir. fall.*, 2009, II, 498 ss. con nota di 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), secondo cui nel caso di disposizione ad opera di un imprenditore 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 *Trusts*, 2009, 628 e n. *Dir. fall.*, 2009, II, 523 ss. (secondo cui l’impostazione sarebbe avallata dalla modifica dell’art. 78 l.f., 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). Sulle diverse ordinanze del tribunale di Milano cfr. DIMUNDO, *Trust interno istituito da società insolvente in alternativa alla liquidazione fallimentare*, in *Fallimento* (supplemento al n. 6), *Profili del trust nelle procedure concorsuali*, 2010, 3 s.; PANZANI, *Il trust nell’esperienza giuridica italiana: il punto di vista della giurisprudenza e degli operatori*, in *Nuovo dir. soc.*, n. 20, 2010, 22 s.

istitutivo deve comunque apparire meritevole di tutela¹⁸ e contenere clausole che ne limitino l'operatività in caso di insolvenza, ed in particolare che prevedano la restituzione dei beni segregati al curatore¹⁹. La convenzione dell'Aja non ostacola l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorchè non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare in materia di "protezione dei creditori in casi di insolvibilità"²⁰.

E' chiaro che sarà da considerarsi comunque ripugnante il *trust* diretto in realtà ad ostacolare le pretese creditorie e a *dribblare* le istanze di fallimento, per dirla secondo la giurisprudenza anglosassone "*to set up a screen to shield his resources from other claims*"²¹.

3. La nostra impostazione secondo cui *ubi lex voluit dixit* è stata confermata dall'intervento normativo di cui al decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 (convertito con Legge del 30 luglio 2010, n. 122), nella parte in cui introduce i nuovi tre ultimi comma all'art. 182 *bis*, l. fall.,²².

¹⁸ In particolare si è statuito che non appare meritevole di tutela il *trust* costituito dal liquidatore mediante conferimento dell'intero patrimonio societario attivo e passivo con lo scopo dichiarato di agevolare "l'eventuale commercializzazione del patrimonio, prevenendo eventuali azioni revocatorie concorsuali" ed altresì di provvedere al pagamento dei creditori sociali nel rispetto della *par condicio* qualora, dall'analisi complessiva dell'atto istitutivo, si possa affermare che il *trust* in esame non fornisca alcuna utilità aggiuntiva alla liquidazione della società se non quella di sgravare il liquidatore dei compiti ad esso imposti dalla legge e di assegnargli la posizione di *trustee*; ulteriori elementi che inducono a dubitare della meritevolezza di tale tipo di *trust* possono essere indicati nel fatto che lo stesso sia stato costituito subito dopo l'inizio della messa in liquidazione della società ed induca a ritenere fondato il timore che la sua istituzione sia in realtà finalizzata ad ostacolare le pretese creditorie nei confronti delle società nonché a dilazionare eventuali istanze di fallimento allo scopo di far decorrere il termine annuale cui all'articolo 10, legge fallimentare (così Trib. Reggio Emilia, 14 marzo 2011 - Est. Fantidini, in www.ilcaso.it).

¹⁹ In tal senso Tribunale Milano, 29 ottobre 2010, in www.ilcaso.it (secondo cui nel caso in cui non sia prevista la restituzione al curatore deve essere dichiarato affetto da nullità totale ai sensi degli artt. 1418 cod. civ. 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 legge fall., abbia segregato l'intero patrimonio aziendale, poiché detto art. 15 esclude che la separazione patrimoniale ed il vincolo di destinazione dei beni possa sopravvivere al fallimento del conferente o del trustee, sicchè i beni di costoro, anche se oggetto del *trust*, devono essere assoggettati alla disciplina, di carattere inderogabile e pubblicistico, del fallimento).

²⁰ La materia fallimentare, assistita anche da norme di carattere penale, è improntata prioritariamente alla tutela di interessi pubblici, nei quali la protezione degli interessi della massa creditoria è in realtà finalizzata alla tutela dei traffici commerciali e ciò non solo nell'ordinamento italiano. Si spiega perciò il limite posto dall'art. 15 della Convenzione all'operatività del *trust* nel caso di sovrapposizione fra la disciplina di questo e la gestione legale della insolvenza, cioè in materia fallimentare. La norma nella sostanza esclude che la disciplina della separazione patrimoniale e del vincolo di destinazione dei beni possa sopravvivere al fallimento del conferente o del trustee, per cui i beni di costoro, anche se oggetto del *trust* saranno assoggettati alla disciplina del fallimento (Trib. Milano, 29 ottobre 2010, cit.).

²¹ Si tratta della nota statuizione del giudice J Singer nella sentenza del 3 dicembre 2004 della *High Court of Justice of England and Wales*, Family Division (Minwalla v. Minwalla, in *Trusts*, 2006, 273).

²² Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica. Cfr. Al riguardo FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, 899 s. (il quale rileva che nel D.L. n. 78/2010 il legislatore aveva intuito l'esigenza di espandere la tutela temporale ma aveva declinato questa intuizione in modo insufficiente o inefficiente. Si stabiliva che il debitore potesse depositare una proposta di accordo e che il tribunale, nel contraddittorio del debitore e dei creditori interessati, in presenza della prospettiva di un accordo ex art. 182**bis** l.fall. potesse disporre il divieto di azioni esecutive e cautelari fissando il termine di giorni sessanta per il formale deposito dell'accordo. A ben vedere il risultato materiale si riduceva ad un ampliamento del termine di sessanta giorni, già previsto dal terzo comma, a centoventi giorni. Al cospetto di questo timido beneficio, ben più dannoso era l'effetto riflesso. Infatti il divieto di cui al settimo comma veniva imposto dopo una comunicazione ai creditori che fa seguito alla pubblicazione sul registro delle

Il legislatore sancisce che il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di ristrutturazione depositando presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 l. fall.²³, la documentazione di cui all'articolo 161, primo e secondo comma, e una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista attentatore revisore contabile, circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. L'istanza di sospensione è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione.

Il tribunale, verificata la completezza della documentazione depositata, fissa con decreto l'udienza entro il termine di trenta giorni dal deposito dell'istanza, disponendo la comunicazione ai creditori della documentazione stessa. Nel corso dell'udienza, riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma e delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati assegnando il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista a norma del primo comma²⁴.

Il legislatore è dunque intervenuto ampliando la protezione del patrimonio sia quanto all'oggetto sia quanto ai tempi, vanificando del tutto quella funzione sostitutiva dell'*automatic stay* che si era tentato di attribuire al *trust*. Oltre al divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari, i creditori non possono acquisire titoli di prelazione che non siano concordati, ivi comprese, evidentemente le ipoteche giudiziali. Si tratta di un sub-procedimento di natura cautelare²⁵ seppur atipico, per alcuni versi analogo a quello previsto dall'ultimo comma dell'art. 15 l. fall., laddove il tribunale fallimentare può tra l'altro disporre una "sospensione ragionata dei pagamenti o delle attività esecutive" che potrebbero depauperare il patrimonio aziendale a vantaggio di alcuni soltanto dei creditori²⁶. Anche se, in quella sede, il tribunale fallimentare non può

imprese. In tale contesto il creditore non aderente non appena fosse stato informato della istanza di sospensione avrebbe potuto procurarsi efficacemente una posizione di vantaggio in quanto il decreto del tribunale di imposizione del divieto non conteneva la previsione di una efficacia *ex tunc*.

²³ Prima di questo intervento si riteneva inapplicabile l'art. 161 l.fall., (al riguardo RACUGNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 665).

²⁴ Il decreto del precedente periodo è reclamabile a norma del quinto comma in quanto applicabile. A seguito del deposito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti nei termini assegnati dal tribunale trovano applicazione le disposizioni di cui al secondo, terzo, quarto e quinto comma.

²⁵ Si è osservato opportunamente che ciò comporta l'applicazione di una serie di regole: i) se la richiesta viene respinta l'effetto provvisorio si perde; ii) se nel termine di sessanta giorni non viene depositato l'accordo, il decreto di inibitoria perde efficacia; iii) il reclamo, formalmente previsto solo in caso di decreto di accoglimento, va ammesso anche in caso di rigetto nonostante la richiesta sia riproponibile; iv) la decisione resa dalla corte d'appello non è ulteriormente impugnabile con ricorso per cassazione (così FABIANI, *op. loc. ult. cit.*).

²⁶ Al riguardo FIMMANÒ, *L'esercizio provvisorio "anticipato" dell'impresa "fallenda" tra spossessamento cautelare dell'azienda e amministrazione giudiziaria della società*, in *www.ilcaso.it*. Tra le diverse misure si pensi ad esempio: all'ordine di non effettuare una certa consegna di beni o prestazione di servizi; o di non eseguire pagamenti per evitare che i tempi dell'istruttoria pregiudichino il futuro esercizio delle azioni

sospendere eventuali procedure esecutive in corso²⁷, in quanto, come ha giustamente rilevato la migliore giurisprudenza, tale potere è da ritenersi devoluto al giudice dell'esecuzione sino al momento in cui viene aperta quella *super-procedura esecutiva*, caratterizzata da universalità e concentrazione, con l'attivazione del rimedio di cui all'art. 51 l. fall.²⁸

Il debitore durante la fase delle trattative funzionali al raggiungimento dell'accordo ristrutturativo ha comunque piena capacità negoziale e può dunque vincolare il patrimonio a favore di taluni creditori, con la conseguenza che queste operazioni saranno poi poste al vaglio dei creditori estranei e dei creditori aderenti ma più "critici".

Resta di conseguenza aperto il problema dell'uso del *trust* finalizzato ad una duratura protezione dei beni durante tutta l'esecuzione dell'accordo di ristrutturazione e comunque oltre i sessanta giorni previsti dalla norma. L'istituzione in questa logica sarebbe esente da revocatoria, stante l'ampia e generica formula impiegata dall'art. 67, comma 3, lett. e, l.f., che parla di pagamenti, di garanzie e, più in generale, anche di «atti».

In realtà anche questo utilizzo finirebbe con l'introdurre nell'ordinamento una disciplina convenzionale che il legislatore ha voluto collegare alla sola ammissione alla procedura di concordato preventivo. D'altra parte dalla liquidazione dei beni residui, prevista nell'accordo di ristrutturazione, potrebbe ricavarsi meno del previsto ed i creditori estranei all'accordo potrebbero restare almeno in parte insoddisfatti. I dati

revocatorie; ordini di fare o di dare come l'ordine di eseguire un contratto essenziale per la prosecuzione dell'attività aziendale in funzione dell'applicazione successiva del sistema di cui agli artt. 72 ss.; (cfr. AA.VV., *Diritto fallimentare (Manuale breve)*, Milano, 2008, 189; SCIACCA, *L'istruttoria prefallimentare: profili processuali*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 62; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 34; FERRO, *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari patrimoniali*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di M. FABIANI e A. PATTI, Milano, 2006, 30; DE SANTIS, *Sub art. 15*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di JORIO, Torino 2006, I, 328; DE MATTEIS, *Istanza di fallimento del debitore. L'istruttoria prefallimentare*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 210).

²⁷ Al contrario con ordinanza del 28 luglio 2009, il Tribunale di Busto Arsizio (rel. Pupa, in www.ilcaso.it) adottata su istanza dello stesso debitore (che, all'udienza per la dichiarazione di fallimento nel procedimento promosso da un creditore, domandava un rinvio utile a presentare una domanda di concordato preventivo) ha disposto la sospensione in via cautelare dell'esecuzione forzata pendente dinanzi ad una sezione distaccata del medesimo tribunale. Il collegio, in modo non condivisibile, ha ritenuto "la ricorrenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* sotto il profilo sia dell'opportunità di evitare la vendita dei macchinari utili alla prosecuzione dell'attività in vista dell'imminente presentazione di un Piano di ristrutturazione dei debiti che potrebbe facilitare l'accesso agli ammortizzatori sociali per i numerosi dipendenti ..., sia dell'esigenza di preservare la *par condicio creditorum* nell'ipotesi in cui dovesse accertarsi lo stato di insolvenza del debitore". Nello stesso senso Trib. Chieti (rel. Ceccarini) 11 febbraio 2010, confermato da Trib. Chieti, 16 febbraio 2010 inedito.

²⁸ Trib. Monza 20 novembre 2009 (rel. Rolfi in www.ilcaso.it), che non ritiene condivisibile il precedente del tribunale di Busto Arsizio in quanto finisce con l'attribuire alle misure urgenti ex art. 15 l.fall. una funzione diversa da quella per cui la norma è stata concepita, e viceversa ritiene possibile assicurare gli effetti conservativi, da un lato esonerando temporaneamente il terzo pignorato dall'obbligo di pagamento in favore del pignorante e di custodia e conservazione delle somme pignorate, che gli impedirebbe di far utilizzare alla resistente i conti pignorati per far fronte ai necessari pagamenti, e, dall'altro lato – anche allo scopo di evitare condotte distrattive o dissipatorie - rimettendo la gestione del conto ad un organo terzo – un Gestore – che proceda ad impartire gli ordini di pagamento che siano essenziali ed imprescindibili per il funzionamento temporaneo dell'attività d'impresa. Nella stessa linea, seppure con soluzioni e motivazioni diverse, il Tribunale di Milano ha affermato che i provvedimenti cautelari di cui all'art. 15, ottavo comma l. fall., non possono comportare la sospensione delle procedure esecutive individuali perché determinerebbero l'introduzione in via anticipata di effetti tipici della sentenza di fallimento quale l'improcedibilità delle azioni e che invece il tribunale può ordinare ai creditori di costituire conti correnti dedicati su cui depositare le somme versate dal terzo *debitor debitoris* e la possibilità di disporre previa autorizzazione dello stesso tribunale (Trib. Milano 25 marzo 2010, in *Fallimento*, 2010, 1179 con nota di MARZOCCHI, *I provvedimenti cautelari nell'istruttoria prefallimentare: i limiti agli effetti anticipatori*).

rappresentati potrebbero non essere veritieri (o non esserlo più per ragioni sopravvenute) ed il proponente potrebbe aver dissimulato parte del passivo o sovrastimato l'attivo. Neppure la relazione attestata garantisce in modo effettivo da questi possibili eventi, salva l'azione di responsabilità da parte dei creditori pregiudicati nei confronti del professionista. Ed in ogni caso laddove fosse accertato successivamente che l'accordo non si sarebbe dovuto omologare perché difettavano le risorse per assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, non sarebbe concepibile un effetto esonerativo *ex art. 67*, comma 3, l.f. e l'atto istitutivo del *trust* andrebbe comunque revocato o annullato in quanto in frode ai creditori o, peggio ancora, alla legge.

Dunque, l'utilizzo del *trust* più conforme all'ordinamento, nei limiti che vedremo più innanzi, rimane quello funzionale alla segregazione soltanto di beni di terzi diversi dal debitore posti a *garanzia* della corretta e tempestiva esecuzione dell'accordo.

4. Nel caso di utilizzo del *trust* con funzioni di garanzia di un concordato, il problema principale è invece 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. E' stato escluso, in passato, in relazione alla possibilità per il creditore di realizzare una garanzia pignoratizia, 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 pignoratizio potesse soddisfarsi del proprio credito nel procedimento di concordato preventivo mediante il ricorso alla vendita del bene²⁹.

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 concordatari³⁰.

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»³¹, considerato che dal riconoscimento del *trust*, istituito

²⁹ Trib. Udine 15 febbraio 1995, in *Fallimento*, 1995, 668 con nota di 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. LO CASCIO, *Il concordato preventivo ed il trust*, in *Fallimento*, 2007, 249).

³⁰ E' 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.

³¹ 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, in *Trusts*, 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

in conformità alla legge regolatrice, deriva (automaticamente) l'effetto segregativo del patrimonio del *trustee*³²» e che inoltre «...la nomina del commissario giudiziale o di soggetto indicato dagli organi della procedura come *trustee*³³, 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 terzo³⁴.

5. Le più risalenti applicazioni dell'istituto in esame riguardano il conferimento, nell'ambito del fallimento, in *trust* di crediti di natura fiscale³⁵ maturati nel corso della procedura³⁶, 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

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).

³² Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Giur. mer.*, 2008, 707.

³³ 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 (LO CASCIO, *op.cit.*, 2007, 251).

³⁴ Trib. Parma, 3 marzo 2005, in *Fallimento*, 2005, 553, con nota di 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).

³⁵ 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). In tema cfr. pure SEMINA, *Trust e segregazione dei crediti (fiscali) del fallimento esigibili dopo la chiusura della procedura*, in *Trusts*, 2004, 343 s.

³⁶ Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Trusts*, 2004, 406; Trib. Roma 3 aprile 2003, in *Trusts*, 2003, 411, e in *Fallimento*, 2004, 101 con nota di 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 GRECO, *La funzione del trust nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2005, 708; Id., *Il trust quale strumento di soluzione e prevenzione della crisi d'impresa nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Trusts*, 2007, 212 s.

segregazione eliminerebbe poi qualsiasi rischio di *distrazione* per il soddisfacimento delle ragioni di eventuali creditori del *trustee*³⁷.

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*³⁸. La tecnica lascia peraltro irrisolte le controversie eventualmente 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. 104-ter, comma 3, e art. 106, ult. comma, l. fall.) è limitata a casi specifici e comunque endoprocedimentali. Peraltro con la cessazione di tutti gli effetti del fallimento 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, comma 1, 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'attivo³⁹. 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, comma 3, 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*⁴⁰, 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, comma 1, l. fall.), la stipulazione di contratti di mandato per la relativa riscossione

³⁷ Trib. Saluzzo, 9 novembre 2006, in *Giur.mer.*, 2008, 3, 739, con nota di DEMARCHI, "Il Trust" postfallimentare e l'apparente chiusura del fallimento, in *Giur. merito*, 2008, 3, 741; in *Giur. comm.*, 2008, II, 207 con nota di IOZZO, *Note in tema di trust e fallimento*.

³⁸ Contrario tra gli altri CENSONI, *Chiusura del fallimento e attività residue degli organi fallimentari; la sorte postfallimentare dei crediti d'imposta*, in *Fallimento*, 2004, 1301. In tema cfr pure Raganella - Regni, *Il trust liquidatorio nella disciplina concorsuale*, in *Trusts*, 2009, 603.

³⁹ STASI, *Sui crediti tributari formati nella procedura fallimentare*, in *Fallimento*, 2005, 473.

⁴⁰ 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. TERRUSI, *Il recupero dei crediti concorsuali: cartolarizzazione e proroga funzioni del curatore fallimentare*, in *Dir. fall.*, I, 414).

(art. 106, comma 3, l. fall.)⁴¹, la *cessione aggregata* di attività e passività aziendali (art. 105, comma 5 l. fall.)⁴² e soprattutto la possibilità di liquidazione *mediante conferimento in società* (art. 105, comma 8, l.fall.)⁴³.

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 amministratori che rappresentino una diretta promanazione della procedura⁴⁴. 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*⁴⁵. Nello 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, comma 3, l. fall.).

6. In ogni caso, in tutte le procedure concorsuali ed in tutti i possibili utilizzi si pone il *problema dei problemi* ovvero quello dell'ammissibilità del c.d. *trust interno o domestico*, rispetto al quale la novità rappresentata dall'art. 2645 *ter*, c.c., è molto rilevante.

Prima di entrare nel merito della questione 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, i quali possono, secondo alcuni, impugnare la costituzione del *trust*

⁴¹ 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 *Fallimento*, 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.

⁴² La cessione aggregata è una modalità di liquidazione importata dalla liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito (cfr. art. 90 comma 2, d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385).

⁴³ Mi permetto al riguardo di rinviare a FIMMANÒ, *La vendita fallimentare dell'azienda*, in *Contr. Impresa*, 2007, 537. In tema cfr. pure MAGGI, *La liquidazione mediante conferimento: commento all'art. 105, ottavo comma, l. fall.*, in *Fallimento*, 2008, 1371; GUGLIELMUCCI, *Liquidazione dell'attivo fallimentare che preveda il conferimento dell'azienda in una new co 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 *Fallimento*, 2009, all. n. 1, 59.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Sul tema FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la conversione dei crediti in azioni*, in *Riv. soc.*, 2010, 150 s.

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 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 de L'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, lettera e), riguardante *la protezione dei creditori in caso di insolvenza*⁴⁶. 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 fallimento⁴⁷. 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'Aja⁴⁸.

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 trovino al di fuori della sfera del nostro diritto interno e che possono beneficiare di particolari *trust*, che proteggono i beni

⁴⁶ 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 il 1° gennaio 1992) con la legge 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 PANZANI, *Trust e fallimento* in *Atti del Convegno, Il trust interno: struttura, applicazioni e aspetti fiscali*, Bologna 30 marzo 2001).

⁴⁷ In tal senso da ultimo Trib. Milano, 16 giugno 2009 cit, 499.

⁴⁸ 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 lettera 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).

da un attacco indiretto da parte dei creditori del beneficiario⁴⁹. In particolare, nel sistema inglese la clausola *protective* protegge i 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 aspettativa⁵⁰. 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 limitazione⁵¹. La seconda accezione riguarda gli *asset protection trusts* ossia ai *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 generica⁵².

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

⁴⁹ Si tratta dei c.d. *protective trust* (al riguardo DE MARIA, *Il trust e l'azione revocatoria ordinaria nel diritto italiano*, in atti del Convegno *Il trust quale legittimo strumento di tutela del patrimonio*, Torino, 13 marzo 2003).

⁵⁰ 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 SCHIANO DI PEPE, *Trust di protezione patrimoniale e fallimento*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2004, 215 ss.).

⁵¹ Cfr. LUPOI, *Strutturazione dei trust di protezione patrimoniale*, in Atti del convegno "Il trust quale legittimo strumento di tutela del patrimonio", Torino, 13 marzo 2003).

⁵² Cfr. VICARI, "Asset protection trusts": *i trust per proteggere il patrimonio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, 540 e, più ampiamente, *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, p. 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, p. 615 Cook Islands, High Court). Mentre ogni trasferimento ai *trustee* di questi *trust* sia 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* (SIGNETTI, *Il trust e l'azione revocatoria nel diritto anglo americano*, in atti del Convegno "Il trust quale legittimo strumento di tutela del patrimonio", Torino, 13 marzo 2003).

avviato un'esecuzione individuale ed a certe classi di creditori del beneficiario, indipendentemente dal fatto che egli sia stato o meno disponente⁵³.

Nel modello di trust c.d. *internazionale*⁵⁴, 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 riqualificarlo 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.

7. 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 patrimoniale⁵⁵.

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

⁵³ 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 VICARI, *Gli "spendthrift trusts": i trust per proteggere il beneficiario dai suoi creditori*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, p. 41; DIMUNDO, *"Spendthrift clause" e fallimento del beneficiario: riflessione di un giurista italiano*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 499). 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.

⁵⁴ 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 ed 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; 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.

⁵⁵ Cfr. in tema SCHIANO DI PEPE, *Trust di protezione patrimoniale e fallimento*, in *Trust*, 2004, 215 s.

disponente, nell'interesse del beneficiario o per uno scopo specifico⁵⁶. 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.

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, comma 1, 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, comma 1 della Convenzione dell'Aja, risultano titolari di pretese e di situazioni giuridiche protette. Al fine quindi di una corretta configurazione dell'atto revocabile come gratuito oppure oneroso occorrerà nel *trust* sempre verificare l'assetto dei rapporti sottostanti tra disponente e beneficiario⁵⁷, a prescindere dalla qualificazione formale dei rapporti tra il *settlor* ed il fiduciario⁵⁸ che esegue il compito di realizzarne le finalità attraverso la gestione.

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 parti⁵⁹.

Mentre ad esempio l'atto di costituzione del fondo patrimoniale⁶⁰ secondo l'orientamento consolidato è inquadrabile tra gli atti a titolo gratuito⁶¹ e, come tale,

⁵⁶ Cfr. art. 2, comma 2, della Convenzione de L'Aja (in questo senso TUCCI, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts*, 2003, 33; DE NOVA, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, *ibidem*, 2000, 162).

⁵⁷ Nel fondo patrimoniale non esistono *beneficiari* in senso tecnico: i soggetti a cui favore è stato istituito il fondo (normalmente i figli), non sono legittimati ad agire nei confronti dei genitori che destinino i frutti dei beni costituiti a finalità non coincidenti con i bisogni della famiglia.

⁵⁸ I coniugi nel fondo patrimoniale non sono considerati quali *fiduciari*, per cui negli stessi può essere confusa la posizione gestoria con quella di proprietà. Nel fondo poi non è previsto che quando esso verrà a cessare i beni debbano essere devoluti ad alcuno dei componenti la famiglia, in particolare ai figli, per cui la tutela della famiglia non appare così perseguita col massimo risultato.

⁵⁹ Cfr. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato IUDICA – ZATTI*, Milano, 2001, 689; RUDDEN, *La Teoria economica contro la «Property law»: il problema del «numerus clausus»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 451.

⁶⁰ Per i rapporti tra fondo patrimoniale ed insolvenza cfr. FIMMANÒ, *L'insensibilità delle destinazioni patrimoniali al fallimento*, in www.il caso.it

⁶¹ 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

soggetto all'azione revocatoria⁶², 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 dopo⁶³, se l'atto dispositivo era *dolosamente preordinato*⁶⁴. 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, comma 1°, n. 2, c.c.), ovvero il

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 (CALVOSA, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano, 2003, 45).

⁶² 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 costituisce atto a titolo gratuito non soltanto nell'ipotesi in cui provenga da un terzo o da uno solo dei coniugi, ma anche quando provenga da entrambi i coniugi, in ogni caso non sussistendo alcuna contropartita in favore del costituente o dei costituenti); Cass., 28 novembre 1990, n. 11449, in *Fall.*, 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 per cento 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. E' stato peraltro correttamente precisato da Cass., 18 settembre 1997, n. 9292, in *Foro It.*, 1997, I, 3148, con riferimento però alla revocatoria ordinaria esperita dal curatore *ex art. 66, l. fall.*, che il beneficiario non può addurre come esimente l'eventuale proporzione fra l'atto compiuto in adempimento di un dovere morale e il patrimonio del disponente come invece è previsto per l'azione di inefficacia svolta ai sensi dell'art. 64, l. fall.).

⁶³ 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).

⁶⁴ 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 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*» (DE MARIA, *op.cit.*, 4).

requisito soggettivo della revocatoria fallimentare (art. 67 l.fall.), bisogna fare riferimento al beneficiario del *trust*⁶⁵.

Le stesse considerazioni, in ordine alla valutazione caso per caso della fattispecie concreta, valgono 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*⁶⁶. Si è osservato che a causa di tali diversità «molto spesso manca nel *trust* ogni possibile configurazione del pregiudizio patrimoniale del debitore disponente, mentre il più delle volte non è possibile nemmeno configurare una sua legittimazione passiva, non essendo il prestito mai entrato nel suo patrimonio, poiché è affluito, con i relativi vincoli di segregazione, nel patrimonio del fiduciario»⁶⁷.

Quanto ai *trusts* utilizzati nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l.f.⁶⁸ oppure di un piano di risanamento "attestato" *ex* art. 67, comma 3, lett. d) l.f.⁶⁹, l'esenzione da revocatoria, dovrebbe coprire in linea di principio anche l'atto di disposizione dei beni in favore del *trustee*.

⁶⁵ 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; Tucci, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, 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).

⁶⁶ PANZANI, *Trust e concordato preventivo*, commento a Trib. Parma 3 marzo 2005, in *Fall.*, 2005, 558, analizza ad esempio il *trust* costituito per garantire l'esecuzione di un concordato e ritenuto legittimo dal Tribunale di Parma. Nella fattispecie il problema fondamentale è rappresentato dalla difficoltà di costituire un vincolo sui beni personali dei terzi che si rendano garanti dell'adempimento del concordato mettendo a disposizione il proprio patrimonio personale. 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. 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. La costituzione del *trust* può rappresentare uno strumento alternativo alla concessione di una *garanzia reale sui beni*, che consente tramite la costituzione di un vincolo di destinazione, in forza del quale il *trust* è finalizzato alla liquidazione del patrimonio ed alla destinazione del ricavato al soddisfacimento dei creditori concordatari, di assicurare in forme più semplici ed efficaci l'effettiva destinazione dei beni, nei limiti della percentuale concordataria offerta, al pagamento dei creditori. E la nomina del commissario giudiziale o di soggetto indicato dagli organi della procedura come *trustee*, assicura l'effettivo adempimento delle finalità per le quali il *trust* è stato costituito.

⁶⁷ TUCCI, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, cit., 37.

⁶⁸ 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 TONELLI, *Forme di utilizzazione del trust nelle procedure concorsuali*, in *Nds*, 2009, n. 29, 19 s.).

⁶⁹ Un 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) legge fall. (Trib. Alessandria 24 novembre 2009, in www.ilcaso.it). Secondo il Tribunale 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

8. E' pacifico in ogni caso che la Convenzione non abbia introdotto un *trust* di diritto interno nè abbia dettato una disciplina nazionale per l'istituto⁷⁰, e quindi si continua a discutere, anche dopo la ratifica italiana⁷¹, sull'ammissibilità del *trust* c.d. *interno* 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.

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)⁷².

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

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. Il giudice ha affrontato infatti esplicitamente la questione dell'assoggettabilità ad azione revocatoria ordinaria del negozio di trasferimento di beni al trustee e l'ha risolta affermativamente, invocando l'art. 15, primo comma, lett.e), della Convenzione dell'Aja, relativa alla legge applicabile ai *trust* ed al loro riconoscimento, secondo cui la Convenzione non è di ostacolo all'applicazione delle disposizioni inderogabili della *lex fori*, tra cui quelle in materia di protezione dei creditori in caso di insolvenza, sempre che non si tratti di *trust* nullo. E' stato rilevato tuttavia che non era quella la norma applicabile nel caso concreto. Trattandosi, infatti, di domanda di revoca ex art. 2901 ss c.c. dell'atto di trasferimento al trustee, compiuto dal disponente, ricorreva l'applicabilità dell'art. 4 della Convenzione, secondo cui quest'ultima non si applica alle questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici attraverso i quali i beni sono trasferiti al trustee. Con la conseguenza che la revocabilità dell'atto in questione era da valutare, non in base all'art. 2901 c.c., mediato dall'art. 15 della Convenzione, bensì in base allo stesso art. 2901 c.c., per la soggezione dell'atto alle norme di conflitto della *lex fori* in conseguenza dell'inapplicabilità ad esso della Convenzione ai sensi dell'art. 4 (DIMUNDO, *Sequestro conservativo e azione revocatoria ordinaria del conferimento di beni in trust interno*, in *Fallimento*, (supplemento al n. 6), *Profili del trust nelle procedure concorsuali*, 2010, 21).

⁷⁰ Al riguardo CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, Vita not., 1998, 1323; ID., *Il trust e «sostiene Lupoi»*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 451; 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 (LUPOI, *The shapeless Trust - Il Trust amorfo*, in *Vita not.*, 1995, 51).

⁷¹ 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 CASSONI, *Il «trust» anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento*.

⁷² 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.

l'effetto di introdurre nel nostro ordinamento un *trust* di diritto interno⁷³ 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 fattispecie⁷⁴. 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 importanti, sono localizzati nel territorio dello Stato medesimo. Così, un *Trust* interno allo Stato italiano 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 tipo⁷⁵.

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»⁷⁶.

⁷³ In tal senso RESCIGNO, *Notazioni a chiusura di un seminario sul trust*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, 457; 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)*, in *Riv. not.*, 2001, 1251; DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 95 ss.

⁷⁴ 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*. (MALAGUTI, *Il futuro del trust in Italia*, in *Contr. e impr.*, 1990, 997; BUSATO, *La figura del trust negli ordinamenti di *commow law* e di diritto internazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, 309).

⁷⁵ 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 internazionalprivatistica. 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 ROVELLI, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, in *Trusts*, 2001, 506).

⁷⁶ Così in modo ineccepibile PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 394.

9. 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 giudiziari 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*)⁷⁷, o meglio una dissociazione tra proprietà e controllo⁷⁸, andrebbe considerato una sorta di diritto reale *atipico*⁷⁹. Essendo 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.⁸⁰. 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 capo al medesimo individuo dall'altro (oltre che, ovviamente, nelle teorie patrimoniali dell'obbligazione di matrice tedesca)⁸¹. 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.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ Così FRANCESCHELLI, *op.cit.*, 22; GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti del trust nei paesi di civil law*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 93.

⁸⁰ La norma dell'art. 2740 c.c. è considerata di ordine pubblico dalla prevalente dottrina (BARBERO, *Sistema istituzionale di diritto privato italiano*, 5° ed., Torino, 1958, II, 154; 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 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).

⁸¹ Sul tema dell'unità del patrimonio intesa come principio generale dell'ordinamento, crf. ALPA, *I principi generali*, in *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, a cura di ALPA ed altri, in *Trattato SACCO*, Torino, 1999, 395.

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 privati⁸². Essi sono espressamente previsti dalle leggi che li hanno introdotti⁸³ 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.⁸⁴ 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 altri⁸⁵.

10. 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 segregazione⁸⁶. 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.

⁸² 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 MASI, *Destinazione di beni e autonomia privata*, in AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo*, Milano, 2003, 44).

⁸³ La dottrina ha evidenziato l'insufficienza dei tentativi diretti ad accostare il *trust* ad istituti di diritto interno (CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, cit., 1325).

⁸⁴ Peraltro, l'art. 3 della Convenzione esclude i *constructive trusts*, cioè quei *trusts* costituiti da una decisione del giudice contro la volontà delle parti. E' controverso se siano ricompresi i *resulting trusts* costituiti sempre giudizialmente, ma, in questo caso, prendendo atto della volontà implicita delle parti.

⁸⁵ In questo senso PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, 303; DIMUNDO, *Spendthrift clause e fallimento del beneficiario: riflessioni di un giurista italiano*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2000, 501.

⁸⁶ 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 della norme convenzionali per dedurre la improponibilità della tesi della violazione (cfr. GAMBARO, *Notarella in tema di 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, cod. civ., 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 (LUPOI, *Strutturazione dei trust di protezione patrimoniale*, in atti del Convegno "Il trust quale legittimo strumento di tutela del patrimonio", Torino, 13 marzo 2003; LUPOI, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, *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 (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* (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 (COSTANTINO, *Titolarità giuridica e appartenenza economica: nozioni astratte e destinazioni specifiche per il trustee*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003) e dall'altro ha tentato di ricondurre l'istituto direttamente al nostro sistema, avvalendosi del principio dell'autonomia privata (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 DE DONATO - DE DONATO - D'ERRICO, *Trust Convenzionale - Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999, 40 ss.).

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 diversamente, 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, con esclusione di qualsiasi pretesa sul suo patrimonio⁸⁷.

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 conferiti⁸⁸. 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»⁸⁹. 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)⁹⁰.

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, comma 1, 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, comma 2, c.c.), deve logicamente dedursene che è esso mandatario a diventarne proprietario in seguito all'acquisto da lui compiuto in nome proprio.⁹¹

⁸⁷ 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*.

⁸⁸ L'amministrazione dei beni del fondo spetta, a differenza del *trust*, normalmente ai coniugi e non a un soggetto terzo (DE ANGELIS, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 355).

⁸⁹ 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.

⁹⁰ 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).

⁹¹ 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,

Nel *trust*, ancora, a differenza di quanto accade nel *contratto a favore di terzo*⁹², 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 trasferiti⁹³. Ed i beni trasferiti, pur essendo nella disponibilità 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*, lettera 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*.⁹⁴

11. Secondo un certo orientamento la realtà giuridica italiana confrontabile con il *Trust* sarebbe il negozio fiduciario, pur non contemplato nel codice civile,⁹⁵ in virtù della comune *causa fiduciae*⁹⁶, come causa traslativa.

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, della convenzione dell'Aja dell'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. mer.*, 2003, 1688, con nota di CACCIATORE, *Trust interno ed ammissibilità: una questione ancora controversa*).

⁹² 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, comma 2, 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.

⁹³ 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. 2447 bis e 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.).

⁹⁴ Al riguardo mi permetto di rinviare a 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.

⁹⁵ Al riguardo GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1936, 551; MORELLO, *Fiducia e trusts: due esperienze a confronto*, in *Fiducia, trust, mandato e agency*,

Tale causa, in grado di determinare l'effetto attributivo del *trust*, sarebbe individuabile nella stessa costituzione dell'atto funzionale allo scopo perseguito⁹⁷. 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 rivendicare i beni dai terzi (c.d. *tracing*)⁹⁸. Peraltro anche se provato, il *pactum fiduciae* non è opponibile a chi abbia acquistato in buona fede dal fiduciario, e nemmeno ai creditori di lui, nei confronti del quale, pertanto, siccome gravato da un mero obbligo (di restituzione o di destinazione) il denunciante non ha che l'azione per risarcimento del danno.

Il progetto di legge comunitaria per il 2010, comunque, prevede, tra l'altro, una delega al Governo per l'emanazione di uno o più decreti legislativi che disciplinino un istituto nuovo, che dovrebbe chiamarsi *contratto di fiducia*, inteso come strumento di utilità generale che possa completare l'assetto di strumenti alternativi al *trust*⁹⁹. La figura viene definita come il "*contratto con cui il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati in forma di patrimonio separato ad un fiduciario che li amministra, secondo uno scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili*" (art. 1, comma 6, d.d.l.).

Secondo la Relazione governativa, l'istituto riprende il *Draft Common Frame of Reference* del 2009 (elaborato su richiesta della Commissione europea, che individua in modo analitico la disciplina applicabile alle ipotesi di titolarità fiduciaria) e richiama il precedente francese del contratto di *fiducie*, introdotto con la novella al codice civile del 2007, emendata con provvedimenti entrati in vigore nel 2008 e nel 2009.¹⁰⁰

Il disegno di legge prevede che il contratto abbia di regola carattere consensuale, salva l'ipotesi di trasferimento di somme di danaro in cui il perfezionamento coincide con la data di versamento dell'intero importo in un deposito nella disponibilità del fiduciario. Inoltre è prevista obbligatoriamente, a pena di nullità, la forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata.

Milano, 1991, 49; IUDICA, *Fondazioni, fedecommesserie, trusts e trasmissioni della ricchezza familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, 82.

⁹⁶ CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, cit., 1335; GAMBARO, *Il diritto di proprietà* cit., 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 inerisce la detta qualifica» (PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile, metodo teoria e pratica*, Milano, 1951, 277).

⁹⁷ In buona sostanza sussisterebbe una causa unitaria che regge sia la costituzione del *trust*, sia l'effetto traslativo dei beni (DI CIOMMO, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale del trust interno*, in *Foro it.*, 2004, I, 1295).

⁹⁸ Il negozio fiduciario rientra nella categoria più generale dei negozi indiretti, caratterizzati dal fatto di realizzare un determinato effetto giuridico non in via diretta, ma in via indiretta: il negozio, che è realmente voluto dalle parti, viene infatti posto in essere in vista di un fine pratico diverso da quello suo tipico, e corrispondente in sostanza alla funzione di un negozio diverso. Pertanto, l'intestazione fiduciaria di un bene comporta un vero e proprio trasferimento in favore del fiduciario, limitato però dagli obblighi stabiliti *inter partes*, compreso quello del trasferimento al fiduciante, in cui si ravvisa il contenuto del *pactum fiduciae*. Ne consegue come necessario corollario che se il *pactum fiduciae* riguardi beni immobili, occorre che esso risulti da un atto in forma scritta *ad substantiam*, atteso che la *ratio* dell'art. 1351 c.c., dettato in tema di contratto preliminare, è invocabile anche in caso di negozio fiduciario (Cassazione, sez. II, 9 maggio 2011, n. 10163).

⁹⁹ L'istituto, che dovrà essere disciplinato entro 24 mesi dall'approvazione della legge Comunitaria 2010, dovrà essere inserito nell'ambito del Titolo III del Libro IV del codice civile, ovvero quello dedicato ai singoli contratti.

¹⁰⁰ Si tenga conto che la Francia non ha ratificato la Convenzione dell'Aja.

Il negozio dovrebbe produrre la separazione patrimoniale¹⁰¹, la surrogazione del fiduciario e l'opponibilità del contratto ai terzi ed ai creditori in virtù di idonee formalità pubblicitarie riguardanti i diritti e i beni che costituiscono oggetto della fiducia.

Tali effetti potranno derivare anche da atti diversi dal contratto, ovvero dalla sentenza del giudice, dal testamento, fatto salvo il disposto dell'art. 627 c.c. in relazione alla disposizione fiduciaria, e da atto dispositivo del titolare dei beni. Infatti, la legge Comunitaria contempla l'applicazione della disciplina della fiducia anche nel caso in cui "il titolare di beni se ne dichiara fiduciario per il perseguimento di uno scopo nell'interesse di terzi beneficiari". Viene così concepita la possibilità di realizzare una finalità analoga a quella del *trust* autodichiarato, in cui la figura del fiduciario coincide con il fiduciante, ma realizza comunque l'efficacia segregativa.

Inoltre, una specifica disciplina dovrà essere dettata per il contratto di fiducia con scopo di garanzia e quello con scopo assistenziale. Per quanto concerne il primo, lo schema di legge fissa una serie di vincoli al legislatore delegato, il quale dovrà, tra l'altro, prevedere che il fiduciante agisca per scopi inerenti la propria attività personale o imprenditoriale e che risulti dal contratto a pena di nullità l'importo garantito. Per quanto riguarda la fiducia "assistenziale", il valore dei beni conferiti non potrà eccedere i bisogni del beneficiario e dovranno essere rispettati i diritti dei legittimari, ad eccezione dell'ipotesi in cui il beneficiario sia una persona disabile.

Il legislatore delegato dovrà, poi, disciplinare i diritti, gli obblighi ed i poteri del fiduciante e del fiduciario o del terzo che sia nominato per far valere gli obblighi del fiduciario; la cessazione del fiduciario dall'incarico, prevedendo la possibile sostituzione di quest'ultimo anche da parte del giudice e l'ingresso del nuovo fiduciario nella titolarità dei beni oggetto del rapporto; la durata del contratto¹⁰², la revoca e la rinuncia del fiduciario, nonché la possibilità di nomina, da parte del giudice, in caso di urgenza, di un fiduciario provvisorio; le cause di scioglimento del rapporto tra le quali dovrà essere compresa la deliberazione assunta all'unanimità da tutti i beneficiari pienamente capaci di agire.

Il disegno di legge prevede il coordinamento con le discipline di tutela dei creditori, del contratto a favore di terzo, della cessione di crediti futuri, del fallimento, degli strumenti finanziari ed infine fa espressamente e integralmente salve le norme in materia di antimafia, conflitto di interessi, e ogni altra disposizione dettata a tutela dell'ordine pubblico.

E' prevedibile che ancora una volta qualcuno dirà che è stato introdotto il *trust* interno ed invece si tratta dell'esatto contrario, ossia di un istituto diretto a trovare soluzioni autoctone alternative, come dimostra innanzitutto la scelta del legislatore italiano di delineare l'istituto come contratto.

12. Altro percorso tentato dalla dottrina per ricondurre il *trust* 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

¹⁰¹ In presenza di un fiduciario persona fisica (dal che si desume esso possa essere anche una persona giuridica). Inoltre i beni oggetto del rapporto non possono entrare nella comunione legale col coniuge o nella successione del fiduciario.

¹⁰² La previsione che il contratto abbia un termine di durata è diretta ad evitare il congelamento di patrimoni per un tempo eccessivo.

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*, comma 2, 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 legge¹⁰³. 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 visto, idoneo all'uopo, anche in considerazione che l'istituto è per sua natura *multiforme e variabile* costituendo una forma a rilievo reale aperta¹⁰⁴.

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. 2645 *ter* c.c.¹⁰⁵. 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 pubblicità¹⁰⁶ che lascia, per quanto riguarda il *trust*, aperte le questioni non risolte neppure dalla copiosa giurisprudenza di merito¹⁰⁷ favorevole all'ammissibilità dello stesso¹⁰⁸.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645-ter e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in questa *Rivista*, 2007, I, 195.

¹⁰⁵ Tra i numerosissimi contributi in tema, cfr. con riferimento alla questione che ci occupa: SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione scritta*, in A.A.V.V., *Negozi di destinazione: percorso verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Roma, fas. 1/2007, 120 ss.; ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, *ibidem*, 337 ss.; LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter, c.c.* in *Riv. not.*, 2008, 1067 ss.; A.A.V.V., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di M. BIANCA, Milano 2007; GRASSO, *L'art. 2645 ter c.c. e gli strumenti tradizionali di separazione dei patrimoni*, in *Riv. not.*, 2006, 1193 ss.

¹⁰⁶ GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in *Giust. Civ.*, 2006, II, 166; QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1729. In senso diverso Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Notariato*, 2006, 539.

¹⁰⁷ Cfr. tra gli altri Trib. Bologna, 28 aprile 2000, in *Trusts*, 2000, 372; Trib. Chieti 10 marzo 2000, in *Trusts*, 2000, 372; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Trusts*, 2002, 241; Trib. Milano, 29 ottobre 2002, in

Invero, come si è autorevolmente osservato, l'art. 2645 *ter* 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»¹⁰⁹ anche perché la norma non contiene alcun riferimento all'affidamento gestorio¹¹⁰.

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*¹¹¹, 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 pubblica¹¹² (come d'altra parte possono essere quelli sottesi ad una procedura concorsuale).

L'atto di destinazione disciplinato dall'art. 2645 *ter* c.c. produce effetti del tutto diversi da quelli del *trust*¹¹³ e del negozio fiduciario¹¹⁴, lasciando al 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

Trusts 2003, 270; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in *Trusts*, 2003, 409; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in *Trusts*, 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, Sezione distaccata di Cavalese, 20 luglio 2004, in *Trusts*, 2004, 574; Trib. Trento, Sezione distaccata di Cles, 7 aprile 2005, in *Trusts*, 2005, 406; Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in *Guida al Diritto*, 2005, n. 41, 57; Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 1935.

¹⁰⁸ 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 – afferma 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).

¹⁰⁹ SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione scritta*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 26.

¹¹⁰ 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 (GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, 175).

¹¹¹ Al riguardo M. BIANCA, *Il Nuovo art. 2645-ter. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tutelare 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 sconosciuto ingresso del *trust* nel nostro ordinamento.

¹¹² LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, 2008, 1000 ss.

¹¹³ La separazione realizzata a norma dell'art. 2645 *ter* 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 PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 200 ss.).

¹¹⁴ In tal senso financo LUPOI, *Gli «atti di destinazione» nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, 472. D'altra parte è oggettivo che non vi sia alcuna identità sostanziale tra la destinazione ed il rapporto fiduciario tra disponente e beneficiario.

introdotto un ulteriore limite di ordine pubblico alla creazione convenzionale di patrimoni *finalizzati*¹¹⁵, rendendo ancora più evidente l'inammissibilità del *trust* domestico.

In questo senso l'aver previsto espressamente una sorta di destinazione *omnibus*¹¹⁶ per la realizzazione di interessi di livello più alto rispetto a quelli meramente leciti¹¹⁷, 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 più che meritevoli di tutela.

12. Per il *trust* domestico restano pertanto insuperabili i principi che si oppongono allo *sdoppiamento del diritto di proprietà*, a prescindere dal fatto che venga perseguito uno scopo lecito o meno¹¹⁸. 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 inammissibile¹¹⁹.

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 italiano non abbia espressamente e nominativamente previsto e riconosciuto¹²⁰.

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

¹¹⁵ In tal senso DORIA, *Il patrimonio finalizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 515.

¹¹⁶ SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione scritta* cit., 21, secondo cui è stata introdotta una destinazione funzionale *omnibus*, capace di provocare separazione di quanto destinato e di sottrarlo all'azione esecutiva di una classe di creditori del debitore. Sulla possibilità poi di concepire i negozi destinatori quali indici di circolazione al pari degli altri negozi attributivi LA PORTA, *La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, 154 ss.

¹¹⁷ Sul rapporto tra liceità, meritevolezza e atipicità cfr. DORIA, *Il patrimonio* cit., 526 ss.; LENER, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti reali*, in *Contr. impr.*, 2008, 1054 ss.

¹¹⁸ Per una critica al concetto di "sdoppiamento della proprietà" cfr. M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, 2001.

¹¹⁹ 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. ROVELLI, *Diretta applicabilità della convenzione dell'Aja e l'ammissibilità nell'ordinamento italiano dei "trust interni"*, in *Nds*, 2009, n. 12, 3 s.; PERONI, *La norma di cui all'art. 2645-ter: nuovi spunti di riflessione in tema di trust*, in *Dir. comm. int.*, 2006, 575). Nel nostro stesso senso da ultimo DIMUNDO, *Trust interno istituito da società insolvente* cit., 13.

¹²⁰ Sminuisce le ripercussioni del dogma del *numerus clausus* dei diritti reali sulla problematica della destinazione patrimoniale LA PORTA, *Destinazione dei beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1984, 81.

proprio¹²¹. In buona sostanza non si può non prendere atto della mancanza di quell'apparato "rimediale" dell'*Equity* che nella sostanza attribuisce effettività al *trust*.¹²²

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. 2645 *ter* c.c., mediante duttili schemi *autoctoni*, «(quelli in particolare, afferenti l'efficacia potenzialmente attributiva 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»¹²³.

13. Dunque bisogna ritenere, con tutti i dubbi che un problema tanto complesso comunque pone, 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 l'indicazione a 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. Ciò a meno che non si tratti di istituzione, fisico o giuridico, straniero o di separare cespiti situati all'estero.

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 il comma 8, 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 comma 1, 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 fallimentare¹²⁴, pervenendo ad un risultato certamente più agevole e meno problematico della costituzione di un *trust*.

¹²¹ Così PALERMO, *Contributo allo studio del trust* cit., 400.

¹²² 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.

¹²³ 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 (CACCAVALE, *Il trust nella prospettiva notarile*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 13).

¹²⁴ L'art. 124, al comma 4, 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*".

E visto che il termine liquidazione, comprende anche la fase di *gestione produttiva e conservativa* del patrimonio non vi sono controindicazioni ad utilizzare un veicolo funzionale alla successiva vendita per finalità gestorie preparatorie e propedeutiche alla più proficua realizzazione della stessa¹²⁵.

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 propedeutica alla cessione od all'assegnazione delle partecipazioni ai creditori¹²⁶, in modo da ottenere 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 dieci per cento 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 fallimento¹²⁷, 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 masse¹²⁸.

¹²⁵ 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 deprimerne il valore, in modo da evitare che il prezzo di vendita lieviti 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 (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. PANZANI, *Affitto di azienda e procedure diverse dall'amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 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, comma 8, l. fall.*, in un contesto tipicamente caratterizzato dalla carenza di liquidità della procedura.

¹²⁶ Sul tema specifico dell'uso dei patrimoni destinati nelle procedure concorsuali cfr. GUIZZI, *Patrimoni destinati e crisi societarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 773; FIMMANÒ, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008, 343 s.

¹²⁷ STANGHELLINI, *La crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 294.

¹²⁸ Secondo una certa impostazione la questione avvalorerebbe l'uso del *trust* rispetto a quello della *newco*. La differenza starebbe nel fatto che nel caso che ai creditori siano attribuite partecipazioni in una società appositamente costituita, questi divengono titolari di capitale di rischio, con la conseguente assunzione tanto dell'onere di esercitare i diritti amministrativi dei soci nell'assemblea, quanto del pericolo che la

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'impresa¹²⁹.

14. 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*.

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 patrimonio¹³⁰.

Anche in questo caso occorre trovare nell'ordinamento lo strumento adatto alla soluzione di queste specifiche esigenze¹³¹. 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.¹³², 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 dieci per cento del patrimonio netto¹³³.

newco non riesca a perseguire il progetto programmato o, addirittura, vada essa stessa a sua volta in crisi. Nel caso in cui il progetto imprenditoriale che dovrebbe essere perseguito dalla *newco* sia invece affidato ad un trust di cui i creditori sono costituiti beneficiari, essi conseguirebbero vari risultati utili: non si accollano oneri gestionali o amministrativi; non devono preoccuparsi delle scelte strategiche o aziendali decise da una *governante* che altrimenti potrebbe dipendere, ancora in parte, dal proponente; non assumono la qualità di soci e non partecipano al capitale di rischio; al momento in cui il *trust*, esaurita la sua funzione, procederà alla liquidazione dei beneficiari, conseguiranno il pagamento del loro credito anziché la partecipazione agli utili (meramente eventuali) dell'impresa; sono garantiti dal *trustee*-commissario giudiziale circa l'effettivo raggiungimento delle finalità del *trust* (D'Arrigo, *op.cit.*, 466).

¹²⁹ FIMMANÒ, *Il concordato straordinario*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 992 s.

¹³⁰ 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. 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.

¹³¹ PALERMO, *Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 138.

¹³² Soluzione che abbiamo già avuto modo di ritenere comunque più conforme al sistema della costituzione di una garanzia reale e del *trust* (al riguardo FIMMANÒ, *Il trust a garanzia del concordato preventivo*, in *Banca, borsa, tit.cred.*, 2010, II, 90; e nello stesso senso 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; 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 Fauceglia e Panzani, Torino, 2009, III, 1633 ss.).

¹³³ Cfr. al riguardo FIMMANÒ, *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,

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 affare¹³⁴.

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 fallimentare¹³⁵.

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 modo che le sorti della società veicolo rimangano 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)¹³⁶. 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 garanzie¹³⁷.

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 inipotizzabile) il diritto di realizzare la garanzia ai sensi dell'art. 53 l.fall. e di avvalersi delle norme generali dettate in materia di pegno¹³⁸.

La stessa Cassazione ha poi affermato un principio diverso secondo cui «il divieto per i creditori, disposto dall'art. 168, comma 1, l. fall., di iniziare o proseguire azioni

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

¹³⁴ Al riguardo GUIZZI, *Patrimoni destinati e crisi societarie*, in *Riv. dir.comm.*, 2006, 773.

¹³⁵ 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*.

¹³⁶ 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.

¹³⁷ 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 (LO CASCIO, *Proposta di concordato preventivo mediante trust*, in *Fallimento*, 2009, 340).

¹³⁸ 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.

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 sul bene oggetto della cessione offerta da un terzo»¹³⁹.

La costituzione di una apposita società di capitali *garante* (anche mediante una scissione parziale) supera 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 presupposti¹⁴⁰, specie in considerazione della circostanza in cui gli stessi vengono effettuati¹⁴¹.

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

¹³⁹ Cass. 8 luglio 1998, n. 6671, in *Fallimento*, 1999, n. 406, con nota di 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 CENSONI, *Commento all’art. 168 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da Jorio, II, Bologna, 2007, 2421.

¹⁴⁰ Sul tema della revocatoria dei conferimenti cfr. PORTALE, *La mancata attuazione del conferimento in natura*, in Trattato COLOMBO – PORTALE, I***, Torino, 2004, 641 ss.; DI AMATO, *Sull’esperibilità dell’azione revocatoria del conferimento sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 391; NIUTTA, *La revocabilità dei conferimenti nelle società per azioni*, in *Dir. fall.*, 1993, II, 617; ROCCO DI TORREPADULA, *Partecipazione in società e revocatoria*, Milano, 2001; FILIPPELLO, *Revocabilità del conferimento in società*, in *Giur. mer.*, 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 corrispettività, sia pure eventuale e differita, si presenta come una fattispecie *tipica* rispetto all’archetipo negoziale 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 perchè 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” quale bene trasferibile a terzi, poiché il suo eventuale smobilizzo produrrebbe solo l’effetto di una sostituzione soggettiva nel rapporto con l’ente (MARTORANO, *La revocatoria dei conferimenti nelle società di capitali*, Milano, 2000, 42). L’opinione non è condivisa da ROCCO DI TORREPADULA, *op.ult. cit.*, 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*.

¹⁴¹ ROSAPEPE, *Il fallimento*, in A.A.V.V., *Diritto fallimentare (Manuale Breve)*, Milano 2008 252 (il quale rileva che l’esenzione di cui alla lettera *e*) del comma 3 dell’art. 67 l. fall. riguarda tutte le garanzie, anche quelle concesse da terzi, tenuto conto della diversa formulazione della lettera *d*) dello stesso comma 3, dove si fa espresso riferimento alle garanzie concesse su beni del debitore). *Contra*: CAPRIOLI, *op. 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).

svolga mediante l'istituzione di un patrimonio destinato allo specifico affare che produca una segregazione nella segregazione¹⁴², senza possibilità per i creditori particolari di aggredire il patrimonio generale posto a garanzia del concordato.

¹⁴² L'argomento più in generale è sviluppato in FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente cit.*, 150 s.